

UiO • Det juridiske fakultet

En sammenligning av dekningslovens objektive og subjektive omstøtelsesregler

Kandidatnummer: 506

Leveringsfrist: 25. november 2013

Antall ord: 15498



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Omstøtelse i et historisk perspektiv	2
1.2	Omstøtelse i det faktiske perspektiv	3
1.3	Omstøtelsesinstituttet.....	5
1.3.1	Fellesregel – fristdagen	6
1.4	Konkurs	7
1.5	Kildebruk	8
1.6	Videre fremstilling.....	9
2	UTGANGSPUNKTET FOR SAMMENLIGNINGEN	10
2.1	Innledning	10
2.2	Sammenligningsmetode 1 (to-ring sammenligning)	11
2.3	Sammenligningsmetode 2 (doughnut sammenligning)	11
2.4	Sammenligningsmetode 3 (eksplosjon sammenligning)	12
2.5	Sammenligningsmetode 4 (skygge sammenligning)	13
3	OMSTØTELSE	13
3.1	Omstøtelse på objektivt grunnlag	13
3.2	Aktsomhetsbestemmelsen – dekningsloven § 5-9.....	15
3.2.1	Vilkår 1. «Disposisjoner».....	16
3.2.2	Vilkår 2. «Utlørlig».....	20
3.2.3	Vilkår 3. «Til skade for dem»	28
3.2.4	Vilkår 4. «Skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen»	30
3.2.5	Vilkår 5. Det subjektive vilkåret, «den annen part kjente eller burde kjent»	32
3.3	Noen sammenligninger og forskjeller	36
3.3.1	Generelt	36

3.3.2	Omstøtelsesfristene	37
4	OMSTØTELSESVIRKNINGER.....	41
4.1	Innledning	41
4.2	De objektive omstøtelsesvirkninger – berikelseslæren	43
4.2.1	Berikelseslærens begrensninger	48
4.3	De subjektive omstøtelsesvirkninger	48
4.3.1	Erstatningsutmåling.....	49
4.3.2	Redusering av erstatningsansvaret	51
4.4	Erstatningsansvaret etter den objektive omstøtelsesbestemmelsen	52
5	LITTERATURLISTE	54
5.1	Lovgivning.....	54
5.2	Forarbeid.....	54
5.3	Rettspraksis.....	54
5.4	Litteratur	55
5.5	Internett kilder / andre kilder	55

1 Innledning

Omstøtelse er en del av konkursretten. Konkursretten består av konkursloven som omhandler konkurs og gjeldsforhandling, og dekningsloven som omhandler fordringshavernes dekningsrett. Omstøtelse er hjemlet i dekningsloven. Omstøtelse betyr å omgjøre noe, i konkursrettens sammenheng betyr det å omgjøre en rettslig disposisjon slik at rettsstillingen blir som om disposisjonen ikke var foretatt.¹

Omstøtelse består således av at midlene som tilbakeføres kommer inn til boet, dette er en kreditorekstinksjon. Kreditorekstinksjon kan skje med utgangspunkt i tre regelsett. For det første kan en avtaleparts kreditor gjøre ugyldighet gjeldende og foreta kreditorbeslag i motpartens aktivum om motparten har istandbrakt avtalen på grunn av svik. For det andre innebærer rettsvernsreglene at A som er erverver av en formuesgode eller en nærmere avgrenset rett i et slikt gode oppnår en beskyttelse for sin disposisjon, mot B sin potensielt sett konkurrerende erverv. Rettsvernsreglene er således de regler som bestemmer hvordan A sin disposisjon oppnår beskyttelse. Altså hvem sin rett går foran ved konkurrerende rettsposisjoner henholdsvis i dobbeltsuksjonskonflikten og hjemmelsmannskonflikten. Disse rettsvernsreglene blir i A sitt tilfelle omtalt som rettsvern og i B sitt tilfelle omtalt som kreditorekstinksjon. Det tredje er omstøtelse, og er en slags forlengelse eller supplement til rettsvernsreglene.

Omstøtelse i avhandlingens sammenheng er omgjøring av disposisjoner foretatt forut en konkurs. Avhandlingen skal gi en sammenligning av dekningslovens objektive og subjektive omstøtelsesregler. Ved sammenligningen av disse omstøtelsesbestemmelsene skal det i utgangspunktet fås frem likhetene og ulikhetene i bestemmelsene og på den måten se om formålene oppnås.

¹ Jusleksikon

1.1 Omstøtelse i et historisk perspektiv

Konkurslovgivningen ble i løpet av 1800-tallet revidert i en rekke europeiske land. Den franske fallittlov av 1838 og den prøyssiske konkurslov av 1855, som til dels bygger på den franske konkurslovgivning, ligger i stor utstrekning til grunn for den norske konkurslov av 1863. I de øvrige nordiske land ble konkurslovgivningen også revidert noenlunde på samme tid. I Sverige ble det vedtatt en konkurslov i 1862, i Finland i 1868 og i Danmark i 1872².

For å få mer tidsmessige regler på dette område, ble det i 1846 nedsatt en kommisjon bestående av U. A. Motzfeldt, J. F. Thomle og B. Dunker, til utarbeidelse av utkast til lov om kredittvesenet. Kommisjonen fremla utkast til "Lov om Fallit og Fallitboers Behandling" i 1852, men utkastet ble ikke fremmet for Stortinget. I 1857 fikk Dunker i oppdrag å utarbeide et utkast til ny konkurslov. Utkastet ble fremlagt i 1859 og fremsatt for Stortinget i 1859-60. Det ble imidlertid gjenstand for en ny bearbeidelse ved at det ble opprettet en kommisjon, i denne kommisjonen deltok også Dunker. Kommisjonens utkast ble forelagt for Stortinget i 1862, og det er dette som ligger til grunn for konkursloven av 1863³.

I 1951 sendte Den norske Advokatforening og Justisdepartementet et begrunnet forslag til ny lov om gjeldsmegling og akkordforhandling. Norges Kreditorforbund utarbeidet også et forslag til slik lov. Forslaget ble sendt departementet i 1952. Utvalg ble deretter nedsatt ved kongelig resolusjon av 6. februar 1953, og avga sin utredning 23. mars 1972⁴.

Det ble således vedtatt to lover, lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) og lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven). Disse to lovene er de sentrale innenfor konkursretten. Omstøtelse er hjemlet i dekningsloven av 8. juni 1984 kapittel fem. Før lovhjemlet omstøtelse i dekningsloven hadde vi i Norge ulovfestet subjektiv omstøtel-

² NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

³ NOU 1972:20 s. 16

⁴ NOU 1972:20 s. 1

se. Dagens subjektive omstøtelsesbestemmelse er således utgangspunktet for omstøtelsesinstituttet.

1.2 Omstøtelse i det faktiske perspektiv

I 2012 ble det registrert 4745 konkursregistreringer i Norge⁵. Dette tilsvarer ca. 395 konkursregistreringer månedlig. Således er omstøtelsesreglenes rekkevidde av stor betydning i norsk rett.

Omstøtelse er et juridisk begrep som beskriver en situasjon hvor skyldnerens disposisjoner forut bobehandlingen blir omgjort, tilstanden settes som om disposisjonen ikke var foretatt. Omstøtelse er særlig aktuelt i de tilfeller hvor skyldner har gitt gaver eller gjort andre disposisjoner tett opp til konkursen som vesentlig svekker kreditorenes mulighet for å få dekning. En disposisjon vil i dette tilfelle bety en «rettslig forpliktende opptreden»⁶, en handling som ved å foreta eller avstå fra å foreta innebærer en rettslig forpliktelse. Denne rettslige forpliktende opptreden må bestå i å svekke kreditorfelleskapets dekningsgrad.

Omstøtelsesbestemmelsene i kreditorbeslagsretten er en særlig gruppe regler om tilsidesettelse av disposisjoner som foretas før boåpningen og forringer skyldnerens formuesstilling eller forfordeler fordringshaverne⁷.

Omstøtelsesreglene kommer til anvendelse ved konkurs, tvangsakkord og offentlig skifte av insolventdødsbo, jf. dekningsloven § 5-1. Ved frivillig gjeldsordning gjelder ikke omstøtelsesreglene, og enkeltforfølgende kreditorer kan ikke gjøre omstøtelseskrav gjeldende

⁵ Det viser tall fra brønnøysundregisteret, brreg.no.

⁶ NOU 1972:20 s. 299

⁷ Andenæs (1999) s. 215

etter dekningsloven⁸. Dersom omstøtelsesbestemmelsene kommer til anvendelse er de pre-septoriske.

Omstøtelsesreglene har både en gjenopprettende og en preventiv funksjon. Den gjenopprettende funksjonen kommer til uttrykk ved at fordringshaverne krever midlene tilbakeført. Den preventive funksjon ligger i at omstøtelige disposisjoner eller tvangsforretninger ofte ikke finner sted fordi partene regner med at de kan bli omstøtt, dvs. at omstøtelsesreglene har sin betydning gjennom selve sin eksistens⁹. Et videre grunnleggende utgangspunkt for bestemmelsene er at de skal føre til likbehandling av kreditorene. Likbehandling av kreditorene er også et utgangspunkt for sammenligningen av subjektive og objektive omstøtelsesbestemmelser. Både subjektive og objektive omstøtelsesbestemmelsene skal føre til likbehandling av kreditorene, og således vil sammenligningen i avhandlingen vise om det i den faktiske anvendelsen av bestemmelsene foreligger slik likbehandling.

Et av hensynene for omstøtelsesbestemmelsene er også å sikre skyldnerens fordringshaver ved å innskrenke skyldnerens handlefrihet. Når en skyldner er blitt insolvent eller står i fare for å bli insolvent, er det større risiko for at det blir foretatt disposisjoner i den hensikt å unngå midlene fra bobehandling. Samtidig må ikke skyldneren på en utilbørlig måte kunne begunstige en fordringshaver på de øvriges bekostning, ved for eksempel å fordele til en av kreditorene. Unndra sine eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne, for eksempel ved gavedisposisjoner, eller forøke sin gjeld til skade for fordringshaverne.

Omstøtelse kan foretas på objektivt og subjektivt grunnlag. De subjektive omstøtelsesreglene består i at den annen part på avtaletiden kjente eller burde ha kjent skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. I dette ligger en subjektiv vurdering, og av den grunn blir bestemmelsen betegnet som den subjektive omstøtelsesbestemmelse. Bevisbyrden ved den subjektive omstøtelsesbestemmelsen vedrør-

⁸ Andenæs (1999) s. 216

⁹ Andenæs (1999) s. 216

rende aktsomhetsvurderingen til den annen part, den subjektive god tro vurderingen, foreligger hos boet. Denne bevisbyrden kan imidlertid være vanskelig å oppfylle.

Loven oppstiller også en rekke objektive omstøtelsesregler. Disse retter seg mot disposisjoner som etter sin art og det tidspunkt da de ble foretatt, skaper en viss presumsjon for kreditorskade. Hvis den annen part er en av skyldnerens nærstående, forsterkes presumsjonen. Bevis for erverv i god tro eller motsatt er ikke relevant i disse tilfellene. I enkelte tilfeller kan omstøtelse unngås hvis den annen part fører bevis for at skyldneren var solvent på disposisjonstiden, i andre tilfeller er også dette uten betydning.

De mest anvendte omstøtelsesregler er § 5-2 om gaver, § 5-5 om ekstraordinær betaling, § 5-7 om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld og § 5-9 den subjektive omstøtelsesbestemmelsen. Når en disposisjon blir omstøtt, innebærer det at den annen part må tilbakeføre det mottatte til boet og hvor dette ikke er mulig, erstatte dets verdi.

1.3 Omstøtelsesinstituttet

Omstøtelsesreglene har som sitt hovedformål å beskytte kreditorfelleskapet fra debtors skadegjørende transaksjoner. Mens rettsvernsreglene ved notoritet ønsker å beskytte mot svindel er formålet med omstøtelsesbestemmelsene å beskytte kreditorene mot illojale transaksjoner fra debitor som forringer eller begunstiger noen med den følge at kreditorfelleskapet mulighet for å få dekning reduseres¹⁰. Rettsvernsreglene er generelle og angår alle som foretar en disposisjon, uavhengig av intensjonen for foretagelsen av disposisjonen. Omstøtelsesbestemmelsene tar imidlertid sikte på om debitor befinner seg i en presset situasjon. Er debitor i en vanskelig økonomisk situasjon som for eksempel insolvent, vil det foreligge en presset situasjon. I disse tilfellene vil debitor kunne foreta disposisjoner som vil kunne være illojale overfor kreditorene. Omstøtelsesbestemmelsene begrenser handlefriheten til debitor i en presset situasjon, nettopp med det som grunnlag at en disposisjon foretatt i denne situasjonen vil kunne bli omstøtt. Det er transaksjoner som i omstøtelsesin-

¹⁰ NOU 1972:20 s. 282

stituttet betegnes som disposisjoner og dem kan inneha ulik grad av hensyn for å kunne omstøtes, og således bestå av forskjellig grad av omstøtelsesverdighet.

Disposisjoner som blir omstøtt etter omstøtelsesreglene i dekningslovens kapittel fem består hovedsakelig av to typer, boforringelse eller kreditorbegunstigelse.

Boforringelse vil foreligge når midlene blir tatt ut av boet, slik at midlene ikke kan komme kreditorene til gode. Det kan skje ved å gjemme, selge, oppføre fiktive avtaler eller ødelegge midler som hører til boet. Midlene vil være gjenstand for boforringelse om disposisjonen ikke blir omstøtt, og således vil boet kunne lide et tap om disposisjonen ikke omstøtes.

Kreditorbegunstigelse er å begunstige en eller flere kreditor på bekostning av de øvrige. Dermed blir de øvrige kreditorenes krav forringet. Blir ikke resterende kreditor/kreditorenes krav forringet, foreligger det ikke kreditorbegunstigelse. Som eksempel kan nevnes at kreditor Peder Ås får betalt et beløp han har pant for. Ås ville uansett få dekket sitt krav ved å gjøre gjeldene pantet, ergo har ikke de øvrige kreditorenes krav blitt forringet. Og dermed foreligger ingen kreditorbegunstigelse om Ås får betalt.

Omstøtelsesreglene skal sikre kreditorfelleskapet imot forringelse av midler forut for en konkurs. De midlene som omstøtes skal tilfalle boet og således tjene til at kreditorfelleskapet får bedre dekning for sine krav. Videre vil de subjektive omstøtelsesreglene i sammenligning med de objektive bestemmelsene strekke seg noe lenger da de objektive omstøtelsesreglene har konkrete vilkår og korte frister for å omstøte en disposisjon til sammenligning med de subjektive reglene.

1.3.1 Fellesregel – fristdagen

I de enkelte omstøtelsesbestemmelsene er det fastsatt omstøtelsesfrister, og de er forskjellige innbyrdes. I dekningsloven er det en fellesregel vedrørende fristens startpunkt, denne omtales som fristdagen. Det følger av dekningslovens §§ 1-1 – 1-3 hva som er fristdagen i

de forskjellige tilfellene.¹¹ Imidlertid følger det en fellesregel om fristberegning i dekningslovens § 5-10:

«Ved anvendelse av reglene i dette kapittel anses en disposisjon som først oppnår ordinært rettsvern ved tinglysing eller annen sikringsakt, ikke for foretatt før slik sikringsakt er iverksatt. Tilsvarende gjelder for rettsstiftelse ved utlegg.»

Bestemmelsen hjemler startpunktet for beregning av fristen. Ifølge bestemmelsen får ikke en disposisjon aktualitet før disposisjonen har fått rettsvern ved tinglysning eller er sikret ved annen sikringsakt.¹² Dette innebærer at en disposisjon som ikke har fått slik rettsvern kan omstøtes selv om disposisjonen ligger lenger bak i tid enn hva fristene i omstøtelsesbestemmelsene tilsier. På den andre siden vil rettsvernsakten være fristdagen og ligger dette lenger bak i tid enn omstøtelsesbestemmelsenes frister vil disposisjonen ikke kunne omstøtes.

1.4 Konkurs

Omstøtelse kommer som nevnt overfor til anvendelse ved konkurs og det er dette som er utgangspunktet for avhandlingen, av den grunn skal det her gis en kort forklaring på hva konkurs innebærer.

Forut en konkurs, er vedkommende insolvent. Når vedkommende er insolvent betyr det at han ikke kan dekke sine forfalte krav. Den insolvente kan være en person eller et selskap og når vedkommende ikke kan dekke sine forfalte krav vil det på et punkt måtte sies at han går konkurs.

¹¹ Kristian Huser, Gjeldsforhandling og konkurs - bind 3, omstøtelse (1992)

¹² Andenæs (1999) s. 220

Før noen begjæres konkurs av tingretten, er personen insolvent. Insolvent er et juridisk begrep og legaldefinisjonen av begrepet finnes i konkursloven § 61. At en person betegnes som insolvent, betyr at personen er illikvid og insuffisient. Illikvid betyr at skyldneren ikke har midler til å betale forfalte forpliktelser i tide og at hans samlede eiendeler har mindre verdig enn de totale gjeldspostene. Utgjør ikke skyldnerens samlede eiendeler stor nok verdig til å dekke gjeldspostene vil han betraktes som insuffisient.

Konkurs betyr det å ta samlet beslag i alle eiendelene til en skyldner for gjennom salg å dekke inn fordringshavernes utestående. Det innebærer at vedkommende mister rådigheten over sine eiendeler, til fordel for kreditorene. Rådigheten av eiendelene overføres til et konkursbo som består av kreditorfellesskap. Konkursboet vil foreta salg av eiendeler som kan selges med overskudd. Hvis konkursboet har midler igjen etter at omkostningene ved bobehandlingen er dekket, vil disse bli fordelt blant kreditorene.

1.5 Kildebruk

I ulike juridiske rettsområder kan rettskildebilde være ulikt. Som for eksempel i kontraktsretten består kildene av det tradisjonelle rettskildebildet, formell lov, rettspraksis, forarbeider osv., men det er kontrakten som er hovedkilden. Kontrakten skal tolkes slik at forholdet avgjøres ut fra den tolkningen som er nærliggende å hevde å følge av kontrakten.

Bruken av kilder i avhandlingen er i tråd med tradisjonell rettskildelære. Etter tradisjonell norsk rettskildelære er lovgivningen et rettslig utgangspunkt. Omstøtelse er lovhjemlet i preseptoriske omstøtelsesbestemmelser, og således blir lovgivningen utgangspunkt for presentasjon av sammenligningen av dekningslovens objektiv og subjektiv omstøtelsesregler. Den relevante lovgivningen i avhandlingen er dekningsloven¹³. Lovens forarbeider er av stor betydning da de er vidtgående og av nyere tid, NOU 1972:20. Lovforarbeidene gir en inngående og solid kildemessig forankring i bestemmelsenes redegjørelse. Omstøtelse har

¹³ Dekningsloven av 08.06.84 nr. 59, kapittel fem

store økonomiske konsekvenser og av den grunn er det ofte oppe til behandling i retten. Rettspraksis er av stor betydning og da hovedsakelig høyesterettsdommer, rettspraksis vil kunne belyse sammenligningen vedrørende likheter og ulikheter denne avhandlingens skal redegjøre for. Ut over dette finnes det forskjellig litteratur og den relevante litteraturen vil være en grunnleggende kilde for fremstillingen her.

1.6 Videre fremstilling

De objektive omstøtelsesregler skal sammenlignes med de subjektive omstøtelsesregler. For å kunne gjennomføre en slik sammenligning er det nødvendig å kunne gå inn på likheter og ulikheter i de subjektive og objektive omstøtelsesregler. Disse likhetene og ulikhetene er et middel, en fremgangsmåte for å kunne sammenligne de subjektive og objektive omstøtelsesreglene. Avhandlingen skal etter beste evne sammenligne og fremme de likheter om ulikheter som foreligger i gjeldende rett.

De objektive omstøtelsesbestemmelsene består av dekningsloven §§ 5-2 til 5-8. Den subjektive bestemmelsen er først og fremst dekningsloven § 5-9. Den spesielle subjektive bestemmelsen er dekningsloven § 5-6. I avhandlingen vil ikke den spesielle subjektive omstøtelsesbestemmelsen tas opp til behandling. Avhandlingen består i å sammenligne dekningslovens objektive og subjektive omstøtelsesregler og behandler således ikke forsikringsavtaleloven § 16-1¹⁴ og ekteskapsloven § 51¹⁵.

I den videre fremstillingen skal det først i punkt to beskrives hva avhandlingens tema med sammenligningen av de objektive og subjektive omstøtelsesbestemmelsene i dekningsloven består i.

¹⁴ Forsikringsavtaleloven av 16.06.89 nr. 69

¹⁵ Ekteskapsloven av 04.07.91 nr. 47

I den videre fremstillingen i avhandlingen i punkt tre blir det tatt utgangspunkt i dekningsloven § 5-9, den subjektive omstøtelsesregelen. Denne bestemmelsen blir utgangspunktet for sammenligningen mellom subjektivt og objektivt omstøtelse. Avhandlingen tar utgangspunkt i at det foreligger en konkurs og situasjonen er boets stilling ved omgjøring av disposisjoner foretatt forut konkursen.

I punkt fire i avhandlingen skal det redegjøres for virkningene av omstøtelse.

2 Utgangspunktet for sammenligningen

2.1 Innledning

Avhandlingen omhandler sammenligning av de subjektive og objektive omstøtelsesbestemmelsene i dekningsloven. Avhandlingen skal fremheve hvorfor det i omstøtelsesinstituttet foreligger objektive og subjektive omstøtelsesbestemmelser i og med at det er begrunnet i delvis like hensyn. Samtidig kunne det vært enkelt å hevde at den subjektive omstøtelsesbestemmelsen som er den «generelle» dekket behovet og således er de øvrige bestemmelsene unødvendige.

Sammenligningen skal fremheve bestemmelsenes rekkevidde og anvendelsesområde i forhold til bestemmelsenes inndeling i objektive og subjektive omstøtelsesbestemmelser. Sammenligningen skal også peke på de områder ved anvendelsen av bestemmelsene som innbyrdes er forskjellige. Hensynene som ligger til grunn for omstøtelse vil ha vesentlig vekt ved sammenligningen, men vil innbyrdes være av forskjellig vekt ved sammenligningen av bestemmelsene. En gave fra en insolvent ektefelle vil være omstøtelsesverdig og således er det enklere å kunne omstøte en slik gave etter de firkantete – konkret angitte – objektive bestemmelsene uten å måtte foreta en helhetsvurdering etter den subjektive bestemmelsen.

Å sammenligne vil si å se disse to regelsettene om hverandre for å se likhetene og ulikhetene, rekkevidden til bestemmelsene samt anvendelsesområdet. Dette kan for omstøtelsesbe-

stemmelsenes vedkommende forklares på fire forskjellige eksempelsmåter. Disse fire sammenligningsmetodene vil danne grunnfundamentet for den videre sammenligningen i avhandlingen. Av den grunn presenteres sammenligningsmetodene før avhandlingen behandler likheter og ulikheter ved de subjektive og objektive omstøtelsesbestemmelsene.

2.2 Sammenligningsmetode 1 (to-ring sammenligning)

Sammenligningsmetode 1 er den generelle og den de fleste ved å uttale sammenligning av omstøtelsesbestemmelsene vil forstå. Sammenligningen består i at de objektive omstøtelsesbestemmelsene består av en mindre ring som ligger innenfor den store ringen som er den subjektive omstøtelsesbestemmelsen. De subjektive omstøtelsesbestemmelsenes anvendelsesområde strekker seg i dette tilfelle lenger enn de objektive.

Et eksempel vedrørende to ring sammenligning er når man står overfor en gave disposisjon som vil være omstøtelig etter den objektive bestemmelsen i dekningsloven § 5-2 og etter den subjektive bestemmelsen dekningsloven § 5-9. Et slikt tilfelle kan foreligge om Peder Ås mottar en gave fra Hans Tastad vitende om at Tastads er insolvent. Er gave disposisjonen mottatt opptil et år før fristdagen vil disposisjonen kunne omstøtes etter begge bestemmelsene. Er tilfellet at disposisjonen skal omstøtes flere år etter fristdagen, for eksemplet seks år, vil disposisjonen kun omstøtes etter den subjektive omstøtelsesbestemmelsen.

2.3 Sammenligningsmetode 2 (doughnut sammenligning)

Sammenligningsmetode 2 vil si at det er en stor ring med et hull i den indre kjernen slik som en faktisk doughnut ser ut. Sammenligningen består i at doughnuten ses på som den subjektive bestemmelsen, mens det indre tomme hullet består av de objektive bestemmelsene. Forskjellen her i forhold til sammenligningsmetode 1 består av at det ikke er en indre kjerne men en selvstendig indre dekningsområdet som ikke dekkes av den ytre doughnuten. På denne måten vil de objektive bestemmelsene være innenfor den ytre ringen som er den subjektive bestemmelsen, men samtidig dekke et område innenfor den ytre doughnuten.

Objektive bestemmelsene får et eget kjerneområde som ikke dekkes av de subjektive omstøtelsesbestemmelsene.

De objektive bestemmelsene skal etter lovgiverviljen være effektive og møte dagens behov for en rask omstøtelsesbehandling. De vil således i det foreliggende tilfellet ligge innenfor den subjektive bestemmelsens rekkevidde. Tilfellet kan da være at ringen ser ut som en doughnut og da vil de objektive bestemmelsene kunne anvendes selv om tilfellet er innenfor den ytre subjektive ringen, samtidig som de subjektive bestemmelsene ikke er anvendelig. Dette kan være tilfelle om Peder Ås mottar et verdifullt maleri i gave fra sin gode nabo Marte Kirkerud, uten å ha noe form for viten om Kirkerud sin insolvens og konkurs ti måneder senere. Om så Ås mottar et omstøtelseskrav vedrørende maleriet vil det kunne sies at det er urimelig overfor Ås å levere maleriet tilbake. Men etter de objektive bestemmelsene er ikke dette tilfellet, og maleriet må leveres tilbake til boet. Maleriet vil ikke kunne omstøtes etter den subjektive bestemmelsen, men kan omstøtes etter den objektive bestemmelsen.

2.4 Sammenligningsmetode 3 (eksplosjon sammenligning)

Eksplasjon sammenligning vil si at det er en stor ring, men utenfor denne store ringen er det noen individuelle små ringer. Den store ringen er den subjektive bestemmelsen mens de små ringene utenfor består av de objektive omstøtelsesbestemmelsene. Også ved denne sammenligningen vil de ulike hensynene gjøre seg gjeldende i en større grad.

Dette kan forklares nærmere med et eksempel. Marte Kirkerud driver fabrikken «Shampo AS», fabrikkens hovedoppgave er å lage Shampo. Kirkeruds største kunde er Peder Ås som driver forretningen «Best Shampo». Ås har avtalt med Kirkerud å kjøpe store kvantum slik at han kan få en rimelig pris og betale ettersom han får solgt Shampo. 1. januar kjøper Ås et kvantum av Shampo pålydende 1. million. Ås har i løpet av 2012 tjent gode penger og har penger til å kunne betale hele beløpet. 1. februar bestemmer Ås seg for å nedbetale gjelden til «Shampo AS», han overfører pengene samme kvelden. Den 3. februar eksploderer forretningen til Ås av ulike årsaker. Ås går dermed konkurs og boet krever den ekstraordinære gjeldsbetalingen omstøtt.

Dette tilfelle vil klart foreligge utenfor den subjektive bestemmelsen, men vil kunne omstøtes etter de objektive bestemmelsene. Det kan således sies at dette tilfelle består av en av de individuelle små ringene utenfor den store subjektive ringen.

2.5 Sammenligningsmetode 4 (skygge sammenligning)

Sammenligningen består i at man har to ringer, den ene består av de objektive omstøtelsesbestemmelsene og den andre av den subjektive omstøtelsesbestemmelsen. Den ene ringen ligger delvis over den andre. Således vil man kunne få tre anvendelsesområder. Det første er der kun de subjektive omstøtelsesbestemmelsene kommer til anvendelse, det andre er der kun de objektive bestemmelsene kommer til anvendelse, og det siste anvendelsesområdet er hvor begge omstøtelsesbestemmelsene kommer til anvendelse.

Peder Ås har vært gift med Marte Kirkerud i ett år, den 20. mai 2013 og gir henne en diamantring verd 100.000 kroner i gave på ettårsdagen. Peder er på dette tidspunktet insolvent og går konkurs i november 2013. Boet hevder å omstøte gavedisposisjonen prinsipalt med hjemmel i dekningsloven § 5-2 og subsidiært med hjemmel i dekningsloven § 5-9. Denne gavedisposisjonen vil være omstøtelsesverdig etter både den subjektive og den objektive omstøtelsesbestemmelsen.

3 Omstøtelse

3.1 Omstøtelse på objektivt grunnlag

Før den subjektive omstøtelsesbestemmelsen behandles er det hensiktsmessig å gi en kort betegnelse av de objektive omstøtelsesbestemmelsene. De objektive omstøtelsesbestemmelsene er dekningslovens §§ 5-2 – 5-8. Utgangspunktet for disse bestemmelsene er at de inneholder konkrete vilkår og er retts teknisk enkle å praktisere ved at de rammer eksplisitt angitte disposisjoner.

Hensynet for disse bestemmelsene er å ramme de disposisjonene som er foretatt kort tid før en konkursåpning og disse disposisjonene er som ofte tradisjonelle transaksjoner som et konkursbo uten å ta hensyn til om de er omstøtelsesverdige eller ikke kan få gjennomslag for å omstøte. Hensynene for bestemmelsene ligger nettopp i å omstøte slike disposisjoner fordi de innehar et større element av omstøtelsesverdighet. Lovgiver har tatt hensyn til omstøtelsesverdigheten og dermed vedtatt de konkrete objektive omstøtelsesbestemmelsene nettopp fordi de skal enklere omstøte de mest omstøtelsesverdige disposisjonene. Disse bestemmelsene stiller ikke krav til skyld, er vilkårene oppfylt skal disposisjonen omstøtes. Omstøtelse etter den subjektive bestemmelsen er i motsetning en bestemmelse som omstøter de disposisjonene som etter en helhetsvurdering er omstøtelsesverdige.

Objektive bestemmelsene har en kortere omstøtelsesfrist enn den subjektive bestemmelsen. Hovedsakelig vil de objektive bestemmelsene omstøte disposisjoner tre måneder før konkurs. I visse tilfeller er det en lengre frist, et, to og fem år i motsetning til ti år som er den subjektive omstøtelsesfristen. Dette er begrunnet i hensynene til de objektive omstøtelsesbestemmelsene. De er tiltenkt å gjelde de konkrete situasjonene som til enhver tid vil være omstøtelsesverdige.

Innledningsvis er det nødvendig å bemerke at de objektive omstøtelsesbestemmelsene er ment å omstøte disposisjoner foretatt i en kritisk periode nær forestående konkurs. Disse disposisjonene er i utgangspunktet presumptivt mer omstøtelsesverdige. Lovgiver har med de sistnevnte bestemmelsene ønsket å effektivisere omstøtelsesinstituttet og således kan de nær foreståtte transaksjonene omstøtes slik at verdien som var forringet raskest mulig kan gjenopprettes.

For at det skal være mulig å sammenligne subjektive og objektive omstøtelsesbestemmelser er det nødvendig å redegjøre for bestemmelsene. Av den grunn følger at redegjørelse i avhandlingen tar utgangspunkt i den subjektive omstøtelsesbestemmelsen i dekningsloven § 5-9 og redegjør for den, samtidig blir de objektive bestemmelsene behandlet underveis.

3.2 Aktsomhetsbestemmelsen – dekningsloven § 5-9

Subjektiv omstøtelse som tidligere het actio Pauliana var ulovfestet. Lovfestingen av subjektiv omstøtelse utgjør ingen vesentlig endring fra tidligere rett. De objektive omstøtelsesbestemmelser er ment å kunne omstøte transaksjoner nær forestått bobehandlingen i og med at de har en ren objektiv «gjerningsbeskrivelse» fungerer de subjektive omstøtelsesbestemmelsene som en utvidet beskyttelse for kreditorene. Under skal det gis en sammenligning av hvordan den subjektive omstøtelsesbestemmelsen fungerer som en utvidet beskyttelse, samt påpeke de forskjeller som gjør seg gjeldene i forhold til objektive omstøtelsesbestemmelsene.

Den subjektive omstøtelsesbestemmelsen i dekningsloven § 5-9 lyder:

«Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaver eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.

Disposisjoner som er fullbyrdet tidligere enn ti år før fristdagen, kan ikke omstøtes».

Bestemmelsen oppstiller fem kumulative vilkår i første ledd.

1. Det er kun «disposisjoner» som kan omstøtes.
2. Disposisjonen må videre foretas «på en utilbørlig måte».
3. Disposisjonen skal videre være «til skade for dem», altså kreditorene.
4. Videre kan omstøtelse kun foretas dersom «skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen».

5. Det subjektive vilkåret, «den annen part kjente eller burde kjent».¹⁶

Videre i avhandlingen redegjøres de ovenstående vilkårene. Samtidig med redegjørelsen av vilkårene vil det bli foretatt en sammenligning av likheter og ulikheter mellom de subjektive og objektive omstøtelsesbestemmelsene.

3.2.1 Vilkår 1. «Disposisjoner»

For at noe i det hele tatt skal kunne omstøtes må det foreligge en disposisjon, dette er et grunnvilkår. Ordlyden «disposisjon» er etter en alminnelig språklig forståelse å forstå som en handling som består av en avhendelse eller en handling som for eksempel endrer eierbeføyelsene over et økonomisk gode, eller at man avstår fra å handle. I forarbeidene er vilkåret «disposisjon» beskrevet som en «rettslig forpliktende opptreden».¹⁷

En disposisjon er et vidt omfavnet ord og dekker således alle former for rettslig forpliktende opptreden. På den måten er bestemmelsen vidt omfavnende og rekker lengre enn de objektive bestemmelsene. De objektive bestemmelsene i §§ 5-2 til 5-8 er begrenset til konkret angitte disposisjoner som for eksempel gave, ekstraordinær betaling osv. Det er kun de konkrete disposisjonene som kan omstøtes med hjemmel i de objektive bestemmelsene.

Dekningsloven § 5-9 er en generell bestemmelse og dekker alle former for disposisjoner. Det er således riktig, og er også beskrevet i forarbeidene at selv passivitet kan betraktes som en bindende disposisjon i bestemmelsens forstand.¹⁸

¹⁶ Dette har blitt uttalt i Rt. 1989 s. 7 «Etter den ulovfestede, subjektive omstøtelsesregel i konkurs kreves det at transaksjonen er en rettslig disposisjon fra debtors side, at disposisjonen har påført kreditorene tap, at disposisjonen har vært illojal overfor kreditorene og at medkontrahenten ved transaksjonen har opptrådt uaktsomt.»

¹⁷ NOU 1972:20 s. 299

¹⁸ NOU 1972:20 s.299

I forarbeidene heter det at «utkastet taler helt generelt om «disposisjon»». ¹⁹ At forarbeidene taler på et generelt grunnlag, dette taler i retning av å gi bestemmelsen vide rammer og ikke operere med snevre grensdragninger. Dette er en vesensforskjell mellom de objektive og subjektive bestemmelser på dette grunnlag. De objektive bestemmelsene må tolkes innenfor rammen av sin ordlyd. Det samme må gjelde den subjektive bestemmelsen, men det er her gitt en generell ordlyd nettopp med den tanke at alle transaksjoner skal kunne falle inn under ordlyden hvis de øvrige vilkårene er oppfylt. Dermed blir bestemmelsen vid og generell. Det må kunne sies å ha vært meningen til lovgiver som ønsket å videreføre den ulovfestede subjektive omstøtelsesbestemmelsen. Ordlyden ”disposisjon” må forsås med utgangspunkt i en lovteknisk fremgangsmåte. En generell ordlyd forviser en generell tolkning og således vil en disposisjon som vil kunne fremstå i fremtiden kunne omstøtes etter den subjektive bestemmelsen.

Et eksempel fra Høyesterett kan nevnes i dette tilfelle for å belyse anvendelsen av ordlyden «disposisjon», jf. Rt. 1993 s. 234.

«Avtalen mellom Per Hagen og Øistein Stie om at den førstnevnte under visse forutsetninger skulle ha returprovisjon i forbindelse med salget fra det selskap som han kontrollerte, må utvilsomt anses som en «disposisjon». Den omstendighet at konkursdebitor selv ikke var part i denne avtalen, kan ikke ha betydning. Dekningsloven § 5-9 rammer bl a disposisjoner som unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene som dekning for fordringshaverne. Kjæremålsutvalget finner det ikke tvilsomt at en avtale om returprovisjon i forbindelse med salg av et selskaps aktiva kan være en disposisjon som rammes av bestemmelsen, forutsatt at de øvrige vilkår er oppfylt».

Etter bestemmelsen sett i tråd med forarbeidene er det heller ingen personell begrensning. Imidlertid følger det av bestemmelsen at den det reises omstøtelseskrav mot må ha vært part i den foreliggende disposisjonen. ²⁰ Det er en begrensning som i de fleste tilfellene vil

¹⁹ I.c.

²⁰ Huser 3 s. 475

være oppfylt fordi en tredjeperson i et tilfelle vedrørende omstøtelig disposisjon vil ha et eller annet økonomisk mellomværende med debitor.²¹

Denne fremstillingen kan forstås som sammenligningsmetode 1 (to-ring sammenligning). Den generelle ordlyden er den ytre ringen, mens de konkrete ordlydene tolkes innen rammen av den indre ringen. Dette stemmer overens med avhandlingens eksempel under sammenligningsmetode 1, vedrørende Ås som mottok gaven fra Tastad med viten om hans insolvens.

3.2.1.1 Utlegg

Den objektive omstøtelsesbestemmelsen i § 5-8 vedrørende utlegg, har det i juridisk litteratur vært en viss usikkerhet om det kan omstøtes med hjemmel i de subjektive bestemmelsene. Usikkerheten har bestått i at noen mener at utlegg ikke er en disposisjon, men kun utlegg og såldes i en egen særklasse. Av den grunn kan ikke utlegg omstøtes med den subjektive omstøtelsesbestemmelsen.

Andenæs hevder å påpeke visse ulikheter og mener at «Enkelte andre bestemmelser skiller terminologisk mellom disposisjoner og tvangsforretninger, jf. således dekningsloven §5-10 og straffeloven § 283 a første ledd nr.1».²² På dette grunnlaget mener Andenæs at utlegg er en tvangsforretning og ikke en disposisjon.

På den andre siden mener Huser at utlegg er en disposisjon og kan omstøtes med hjemmel i den subjektive bestemmelsen. Huser finner holdepunkter for sin mening i lovens ordlyd «Panterett stiftet ved utlegg hos skyldner», jf. dekningslovens § 5-8. Huser mener at «Utlegget er således reelt en disposisjon hvorved kreditor erverver en panterett hos debitor. Likevel er det klart at man normalt ikke kan si at debitor (frivillig) har disponert ved en slik tvangsforretning, selv om han er adressat for utlegget (saksøkt) og pantets eier. Kreditor må

²¹ I.s

²² Andenæs (1999) s. 279

derimot gjennom sin utleggsbegjæring like klart sies å ha disponert, og det er vel her mest naturlig å se hele prosedyren hvorved utlegg tas som en sammenhengende realitet».²³

Andenæs trekker en sammenheng mellom en disposisjon og tvangsforretning, han påpeker ulikhetene og hevder at utlegg ikke vil være en disposisjon. Huser ser situasjonen annerledes og mener at utlegg er en disposisjon med utgangspunkt i hele prosedyren.

Etter min forståelse må det kunne sies at både Andenæs og Huser på hver sin måte har rett. Andenæs har rett i at det er flere likhetstrekk ved et utlegg og tvangsforretning, mens Huser har rett i at sett hele prosedyren under ett er det en disposisjon. Ut fra dette kan det ikke utledes at den subjektive omstøtelsesbestemmelsen kommer til anvendelse på utlegg eller ikke. Imidlertid er det ingen klare holdepunkter i forarbeidene for det ene eller det andre. Dermed må vi se hen til de formål og hensyn som ligger i omstøtelsesinstituttet.

Norge valgte i motsetning til Danmark å ha en lang frist vedrørende de subjektive omstøtelsesbestemmelsene nettopp for å kunne omstøte utilbørlige disposisjoner langt bak i tid oppad begrenset til ti år. Samtidig er de subjektive bestemmelsene erstatningsbestemmelser. Ses de siste momentene sammen taler dette for at subjektive bestemmelsene er ment å gi et større rom formelt og materielt. Altså at det med den subjektive bestemmelsen skal kunne være mulig å slå ned på utilbørlige disposisjoner som svekker beskyttelsen til de øvrige kreditorene. I forarbeidene er det foreskrevet at «utkastet taler helt generelt om «disposisjon»²⁴, videre heter det i forarbeidene at «Etter ordlyden behøver debitor ikke engang å være adressat for disposisjonen; også en avtale mellom to kreditorer kan i prinsippet tenkes omstøtt».²⁵

Av disse overstående momentene utleder jeg at den subjektive bestemmelsen skal rekke lengre enn den objektive utleggsbestemmelsen, samtidig skal bestemmelsens erstatningsan-

²³ Huser 3, s 474

²⁴ NOU 1972:20 s. 299

²⁵ I.s

svar beskytte de øvrige kreditorene og det effektiviseres ved at boet får erstattet midler som er tatt ut. Videre fremkommer det av forarbeidene at en disposisjon er generell og kan av den grunn omfavne meget. Dette taler i retning av at også utlegg skal kunne omstøtes på subjektivt grunnlag. Det stemmer slik Andenæs hevder at det er flere likheter med tvangsforretning, men det må legges til grunn at «utlegg» etter dekningsloven § 5-9 kan betegnes som «disposisjon» slik Huser hevder. Det Huser hevder er etter min formening nærmere lovgiverviljen og hensynene som ligger til grunn vedrørende den subjektive omstøtelsesbestemmelsen.

Ved å betegne utlegg som disposisjon og gi den subjektive bestemmelsen anvendelse ser vi at sammenligningen viser et eksempel av at situasjonen er innenfor den ytre ringen, som består av den subjektive bestemmelsen. Man står i dette tilfelle overfor et eksempel av to-ring sammenligningstilfelle. I motsatt tilfelle slik Andenæs hevder ville situasjonen vært slik som sammenligningsmetode 3, utlegg ville således bestått av en selvstendig enhet utenfor den store ringen. Ved å hevde at utlegg også kan omstøtes etter den subjektive bestemmelsen viser det klart ivaretagelse av lovgivervilje vedrørende å ha en lengre omstøtelsesfrist, imidlertid kun for de omstøtelsesverdige disposisjonene.

3.2.2 Vilkår 2. «Utilbørlig»

Ordlyden «utilbørlig» er etter dagens språkbruk i lovgivningen litt gammelmodig. Det må ses hen til lover utgitt i samme periode, spesielt konkursloven. Utilbørlig kravet er ment å hjemle en klausul som etter gitte tidsforhold vil kunne være anvendelig. Slike klausuler finnes også i konkursloven, imidlertid er ordlyden der «urimelig». Både ordlyden «utilbørlig» og «urimelig» forstås som noe er klanderverdig. I tidligere teori²⁶ og rettspraksis er

²⁶ Andenæs (2009) s. 356

ordlyden «utilbørlig» tolket som «illojal»²⁷. Det finnes ingen holdepunkter i forarbeidene for å anse ordlyden som «urimelig eller illojal», etter en alminnelig språklig forståelse er det en viss forskjell i de to sistnevnte ordlydene. Er en disposisjon klanderverdig, «kvalifisert kritikkverdige»²⁸, vil man kunne anvende dekningslovens § 5-9 om de øvrige vilkårene er oppfylt.

Utilbørlig er videre et objektivt vilkår. Det er disposisjonen som må være utilbørlig, ikke subjektets utilbørlige handlinger. Men kravet om utilbørlig disposisjon inneholder flere momenter som skal tas med i vurderingen, det skal foretas en helhetsvurdering av disposisjonen, basert på konkrete omstendigheter og en avveining av de berørte interesser²⁹. Disse momentene hevder Huser utgjør et merkrav. Dette merkravet inneholder alle momenter som skal vurderes ved helhetsvurderingen av utilbørlighetskravet. Om noen vilkår er klart oppfylt, for eksempel ved at den tilgodeseende kreditoren var kjent med at skyldneren vil komme i en vanskelig økonomisk situasjon, vil det være et moment som vil tale for oppfyllelse av utilbørlighetskravet. Vi ser her at eksemplet er brukt fra det subjektive vilkåret i bestemmelsen, mens vilkåret «utilbørlig» er et objektivt vilkår. Vilket forblir objektivt, men kan i helhetsvurderingen ta opp momenter av subjektiv karakter. På samme måte kan bestemmelsen ta opp andre momenter som for eksempel om det har foreligget gave hensikt.

Etter min forståelse er dette merkravet både en likhet og forskjell fra de objektive bestemmelsene. Likheten består i formålet med å omstøte en klanderverdig disposisjon. Dersom alle vilkårene i dekningsloven § 5-5 er oppfylt og tvilen består i om vilkåret «med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne» ikke kan sies å være helt oppfylt vil man etter de objektive bestemmelsene ikke kunne omstøte gjeldsbetalingen. Likheten be-

²⁷²⁷ Rt. 1995.259 Troms kjøtt, der Høyesterett med tre mot to stemmer frifant den begunstigede part, uttaler imidlertid talskvinnen for flertallet at hun «viker ... tilbake for å karakterisere disposisjonen med et så belastende begrep som utilbørlig.

²⁸ Andenæs (2009) s. 357

²⁹ Huser 3 s. 499

står i å ville omstøte den klanderverdige gjeldsbetalingen som begunstiger en kreditor eller fører til boforringelse. På den andre siden består ulikheten i de subjektive og objektive bestemmelse i at det skal tas en helhetsvurdering, og hvor merkravet kan føre til at vilkåret «utilbørlig» er oppfylt. Merkravet kan under visse forutsetninger oppfylle utilbørlighetskravet.

Imidlertid så hjemler bestemmelsen tre alternativer hvor et av dem må være oppfylt for at det skal kunne foreligge utilbørlig disposisjon. Disse tre alternativene er:

- A. begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning (3.1.2.1)
- B. eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne (3.1.2.2)
- C. eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem (3.1.2.3)

3.2.2.1 Begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning

Alternativ A er det mest praktiske og hoved eksemplet her er at skyldneren betaler gjeld eller stiller sikkerhet for eldre gjeld³⁰, altså kreditorbegunstigelse. Det må i de individuelle tilfellene vurderes om disposisjonen er utilbørlig. Men i praksis finner man mange eksempler på at de objektive omstøtelsesbestemmelser gir veiledning til en viss grad. Det fremkommer ofte at vilkårene i de objektive bestemmelsene etter sin art innebærer en kreditorbegunstigelse³¹ som formodes å ramme disposisjonen. Dette kan belyses med eksempel fra rettspraksis. I Rt. 2001 s.1136 var spørsmålet om boet kunne omstøte en gjeldsnedbetaling på 5 millioner. Høyesterett kom til at betalingen var skjedd til avtalt tid og på avtalt måte. Denne disposisjonen kunne således ikke omstøtes. Det som er viktig å merke seg i dommen er at en betaling på 745 814 kr ble ansett omstøtelig etter den objektive bestemmelsen 5-5 og subjektive bestemmelsen 5-9. Det betyr at selv om en disposisjon – i dette tilfellet ekstraordinær betaling – kan omstøtes etter objektive bestemmelser kan den også være utilbør-

³⁰ Andenæs (2009) s. 357

³¹ Abdebæs (2009) s. 357

lig etter subjektive omstøtelsesbestemmelsen. I den foreliggende dommen ble disposisjonen ansett omstøtelig etter begge alternativene.

En følge av dette kunne vært at en disposisjon ikke er å anse som utilbørlig hvis den ikke kan omstøtes etter de objektive bestemmelsene. Således kunne de subjektive bestemmelsenes anvendelsesområde vært begrenset til å gjelde for eksempel en utvidet omstøtelsesfrist. Imidlertid så er det ikke slikt, selv om det finnes eksempler i rettspraksis som kan antyde en slik anvendelse³². Det er slik at en disposisjon som er omstøtelig etter de objektive bestemmelsene vil som regel være «utilbørlig», og således vil disposisjonen også kunne omstøtes etter den subjektive bestemmelsen.

Imidlertid fremholdes det i motivene vedrørende anvendelsesområdet til den subjektive bestemmelsen at «I praksis vil den subjektive omstøtelsesregel først og fremst bli påberopt i tilfelle hvor de objektive regler ikke fører frem – det gjelder f.eks. en disposisjon som tidsmessig eller innholdsmessig faller utenfor de sistnevnte regler. Den subjektive regel er imidlertid ikke subsidiær i forhold til de objektive». Videre sies det i forarbeidene at på grunn av den gjennomgripende virkning av den subjektive omstøtelse, kan det være fordelaktig for boet å påberope den subjektive bestemmelsen også i det tilfellet hvor den objektive regelen er anvendelig.³³ Det kan sies at i forarbeidene vises det til sammenligningsmetode 1, hvor ved den subjektive omstøtelsesbestemmelsen er den ytre ringen.

Tidligere i avhandlingen har jeg pekt på at en disposisjon vil kunne være omstøtelig etter den subjektive bestemmelsen selv om den etter sitt innhold faller utenfor de objektive omstøtelsesregler, det er i prinsippet fullt mulig. Har en person begunstiget en kreditor ved å nedbetale gjeld på bekostning av de øvrige kreditorene, kan disposisjonen omstøtes etter §

³² Rt. 1982 s.1232: Skyldneren var entreprenør og fikk kreditt i banken mot å overdra sine fordringer på byggherren. Retten mente at det ikke var betalt med usedvanlig betalingsmiddel (§ 5-5) og kunne heller ikke se at ordningen kunne omstøtes etter den subjektive bestemmelsen (§5-9).

³³ NOU 1972:20 s. 298

5-9 selv om den faller utenfor anvendelsen av § 5-5. Etter en gjennomgang av flere høyesterettsavgjørelser fant jeg imidlertid ingen eksempler på rettskraftig dom som fastslår at den subjektive bestemmelsen kommer til anvendelse samtidig som disposisjonen faller utenfor de objektive bestemmelsene, det samme fremkommer av Andenæs³⁴. Slik praksis i Høyesterett kan belyses med tre dommer.

I Rt.1994 s. 792 Namtvedt Invest, var spørsmålet om det var utilbørlig av den begunstigede kreditor (banken) å benytte innbetalingen til å redusere sitt engasjement overfor den senere konkursskyldneren.³⁵ I dommen ble det vektlagt at kreditor trodde Namtvedt ville klare seg og av denne årsak ville banken yte ekstra hjelp i en overgangsfase. Banken var innstilt på å bidra i en «redningsaksjon», og dens opptreden bar ikke preg av et ønske om primært redde sitt eget tilgodehavende.³⁶

I Rt. 1995 s. 259 Plaonen, var situasjonen at Plaonen ble ansatt i bedriften i vanskelige tider for å redde bedriften, og fikk en opsjon på å kjøpe den boligen han bodde vederlagsfritt i for halv pris. Opsjonen ble tinglyst i 1989, men fikk prioritet etter en obligasjon til den banken som hadde ytet bedriften lån for å erverve boligen. I mai 1991 gjorde Planon opsjonen gjeldende og bedriften nedbetalte gjelden ved å ta opp kassekreditt, Planon ble således hjemmelshaver av eiendommen. Samme år i november ble bedriften tatt under konkursbehandling. Flertallet i dommen la større vekt på hensyn som ivaretok Planoens side, da han i en vanskelig tid kom til bedriften ved å gi opp sin faste og sikre jobb. Det de hovedsakelig vektla var disposisjonen sett på avtaletidspunktet, og således var ikke den utilbørlig.³⁷ Disposisjonen lå langt bak i tid og kunne av den grunn ikke omstøtes etter de objektive bestemmelsene og slik flertallet kom frem til kunne den heller ikke omstøtes etter de subjektive bestemmelsene. Andenæs hevder at flertallets avgjørelse i denne sak er i snilleste laget

³⁴ Andenæs (2009) s.359

³⁵ Andenæs (2009) s. 359.

³⁶ Dommer i materiell konkursrett, Arne Tjaum, 2 utgave. s. 185

³⁷ Dommer i materiell konkursrett, Arne Tjaum, 2 utgave. s. 199

overfor den begunstigede.³⁸ Imidlertid er mindretallet i dommen et eksempel på at det i rettspraksis finnes eksempel som fastslår at den subjektive bestemmelsen kommer til anvendelse samtidig som disposisjonen faller utenfor de objektive bestemmelsene.

I Rt. 2001 s. 1136, som er beskrevet overfor var tilfellet at disposisjonen ble betraktet som omstøtelig både etter de objektive- og subjektive omstøtelsesbestemmelsene.

Etter gjennomgang av de ovenforstående dommene er det mulig å hevde at det i rettspraksis er en sammenblanding av de objektive og subjektive bestemmelsen, og hvor den subjektive bestemmelsen ikke strekker lengre slik det er hevdet i avhandlingen. At det ikke finnes noen eksempler i høyesterettspraksis kan alene av den grunn ikke hevdes at bestemmelsen ikke strekker seg lengre enn de objektive bestemmelsene. Disposisjonskravet i § 5-9 skal vurderes på et annet grunnlag en de objektive vilkårene, samtidig er det flere momenter som skal tas med i denne utilbørlige vurderingen. Det kan sies at det ikke har fremkommet tilfelle som klart faller utenfor de objektive bestemmelsene og som samtidig kan omstøtes etter de subjektive bestemmelsene. Et eksempel er mindretallet i Rt. 1995 s. 259 Plaonen dommen, men flertallet kom til at disposisjonen ikke kan omstøtes med hjemmel i den subjektive bestemmelsen og således må flertallets avgjørelse legges til grunn. Videre skal det i den helhetsvurderingen etter § 5-9 tas med momenter i vurderingen av om disposisjonen er «utilbørlig». Ved å anvende disse momentene i helhetsvurderingen vil det danne et mer oppriktig bilde av den subjektive bestemmelsens rekkevidde. Det vil komme frem hvorledes den ved bruk av momentene vil kunne anvendes på disposisjoner som faller utenfor de objektive bestemmelsene.

Som nevnt overfor skal det foretas en helhetsvurdering, og i denne vurderingen kan det blant annet tas med momenter som disposisjonens art, skyldnerens økonomiske vansker, fordringshaverens forhold, hvem som begunstiges med disposisjonen, om betalingen er foretatt med ordinære midler eller irregulære midler, hvordan kravet er oppstått når beta-

³⁸ Andenæs (2009) s. 360

lingen skjedde og om disposisjonen er foretatt forut konkursåpning. Disse momentene er ingen uttømmende liste.

Momentene skal anvendes i vurderingen av om det angitte kan omstøtes. Denne helhetsvurderingen trekker en lengre grense enn hva de objektive bestemmelsene gjør. Ved en slik anvendelse av den subjektive bestemmelsen mener jeg å hevde at bestemmelsens omstøtellesramme strekker seg klart lengre enn de objektive bestemmelsene selv om det ikke kan vises med dommer fra Høyesterett. Dette er også i tråd med lovgiverviljen i og med at lovgiver ønsket et større vern mot omstøtelsesverdige disposisjoner. På grunn av de omstøtelsesverdige disposisjonene har det blitt gitt en lang frist i bestemmelsens annet ledd. Danmark som var med i lovsamarbeidet ved utviklingen av konkursloven og dekningsloven valgte bevisst ikke å ha en like lang frist. Norge derimot ønsket en lang frist nettopp for å kunne omstøte de omstøtelsesverdige disposisjonene. Disse disposisjonene som er omstøtelsesverdige på grunn av at den annen part ikke har vært i aktsom god tro, bør kunne omstøtes selv om de så ligger langt tilbake i tid.

3.2.2.2 Unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne

Både dette alternativet og det neste (C alternativet) omhandler boforringelse i motsetning til det foregående som var kreditorbegunstigelse. Ved boforringelse vil disposisjonen gå på bekostning av samtlige kreditorer, derav boforringelse. Forskjellen ligger i at det her blir tatt noe ut av boet mens det i det foregående ble gitt noe til en kreditor på bekostning av de øvrige.

Det klare eksemplet her er gaver som vil komme inn under ordlyden i dekningslovens § 5-2 og som også vil bli betegnet som utilbørlige etter dekningsloven § 5-9. Det er også beskrevet i forarbeidene at dette alternativet først og fremst rammer gavetransaksjoner.³⁹ Ikke bare gaver, men andre gave lignende disposisjoner vil kunne være omstøtelige om de er

³⁹ NOU 1972:20 s.298

utilbørlige. I forarbeidene er det gitt flere eksempler, men utgangspunktet i vurderingen for alle disposisjonene skal være som det fremgår av forarbeidene at «en utilbørlig unndragelse av midler kan også skje ved at debitor plasserer midlene på en slik måte at de formelt eller reelt blir unndradd fra normal gjeldsfølgning».⁴⁰ I forarbeidene til dekningsloven § 5-2 er det ikke definert hva gave begrepet består av, det er henvist til fastlagt praksis og doktrin. I forarbeidene til dekningsloven § 5-9 sier lovgiver at det vil foreligge en utilbørlig disposisjon hvis den «formelt eller reelt blir unndradd fra normal gjeldsfølgning». Det vil si at resultatet gir en viss anvisning på om det er en utilbørlig disposisjon.

I den objektive bestemmelsen vil ordlyden «gave» være utgangspunktet for om det kan foretas omstøtelse, og om en disposisjon ikke er å betrakte som gave vil den kunne falle utenfor bestemmelsens anvendelse. I den subjektive bestemmelsen vil resultatet av den foretatte disposisjonen kunne være et moment i vurderingen om disposisjonen er utilbørlig eller ikke. Den subjektive bestemmelsen gir en anvisning om å se hen til resultatet og således finne frem til om det foreligger boforringelse. På samme måte kan det hevdes at det ved den objektive gave bestemmelsen kan ses hen til resultatet, for det vil jo kunne gi en fremstilling av om disposisjonen kan betraktes som gave eller ikke. Disse tilfellene kan sammenlignes med sammenligningsmetode 4. En disposisjon som er gave kan ikke omstøtes etter den subjektive bestemmelsen om det ikke foreligger subjektiv skyld hos den annen part og samtidig vil den ikke kunne omstøtes om det ikke er en gave transaksjon etter de objektive bestemmelsene. Begge alternativene vil kunne være anvendelige om situasjonen er slik som eksemplet med Ås som ga en diamantring til sin ektefelle Kirkerud.

3.2.2.3 Forøker skyldnerens gjeld til skade for dem

Dette alternativet taler for seg selv. Det klare eksemplet i forarbeidene som forklarer hva dette alternativet går ut på er som følgende, «ramme gjeldsstiftelser som skjer uten at debitor får noe vederlag, f.eks. hvor debitor som en vennetjeneste kausjonerer eller helt overtar

⁴⁰ NOU 1972:20 s. 298

ansvaret for tredjemanns gjeld».⁴¹ Dette kan være tilfelle i de situasjonene hvor for eksempel en person forutser sin konkurs og påtar seg mer gjeld for å tilgodese en venn eller en annen nærstående uten å få noen form for fordel av disposisjonen.

3.2.3 Vilkår 3. «Til skade for dem»

Dette vilkåret kan ses på som et vilkår som i og for seg ligger inne i de tre overforstående alternativene. Det vil ikke foreligge boforringelse om det ikke er noen verdier som føres ut av boet på bekostning av samtlige kreditorer. På samme måte vil det ikke foreligge noe kreditorbegunstigelse om disposisjonen ikke er til skade for de øvrige kreditorene.

I ordlyden « til skade for dem» foreligger et krav om at disposisjonen må ha forminsket boets verdier som ellers ville ha stått til kreditorenes disposisjon ved en konkurs.⁴² Dette kan også utledes fra de overforstående tre alternativene. Etter forståelsen av ordlyden kan det sies at kreditorene blir påført et tap. Dette tapsrekvisittet innebærer en viss forskjell, denne forskjellen kommer til syne ved sammenligning av dekningsloven § 5-5.

I dekningsloven § 5-5 er formuleringen «forringet skyldnerens betalingsevne», her er vurderingstemaet økonomisk vilkår og hvor tapet inngår i vurderingen. Det er ut fra det økonomiske tapet vurderingen kan anvendes. Er størrelsen på tapet slik at den er omfattet av dekningsloven § 5-5 og størrelsen er stor nok til å forringe skyldnerens betalingsevne, vil vilkåret være oppfylt. Mens det ved dekningsloven § 5-9 kan en reduksjon av dekningen som følge av disposisjonen oppfylle vilkåret. Imidlertid kan dette by på tvil i praksis og vil kunne være vanskelig å bevise. Det som må bevises er at det er årsakssammenheng mellom disposisjonen og tapet. Kan det føres bevis for at det foreligger en eller annen form for tap, kan det sies at disposisjonen var til skade for kreditorene.

⁴¹ NOU 1972:20 s. 298

⁴² Huser 3, s.548

I noen tilfeller som ser ut til å være boforringelse, kan det hevdes at de ikke kan omstøtes etter dekningsloven § 5-9. Dette skal ikke forstås dit hen at dekningsloven § 5-9 ikke kommer til anvendelse om tapet ikke er påført alle kreditorene, således ville kreditorbegunstigende disposisjoner ikke kunne omstøtes etter denne bestemmelsen. Ordlyden «til skade for dem» omhandler de øvrige skadelidende kreditorene og ikke bare samtlige skadelidende kreditorer.

Dette belyses nærmere med et eksempel. Peder Ås har pantet varelageret i Lillevik bank for 1 000 000 kroner. Imidlertid bruker Ås varelageret til å tilegne seg penger ved å selge 25 % var varebeholdningen til Hans Tastad, som er pantet hos Lillevik bank. Varelageret som bestod av en verdi på 1 000 000 er redusert til 750 000. Så går Ås konkurs og boet blir tatt under bobehandling. Lillevik bank ønsker så å få omstøtt disposisjonen vedrørende salg av varelageret. Det foreligger ingen kreditorbegunstigelse i og med at Tastad ikke er kreditor og således er ingen kreditor begunstiget på de øvriges bekostning. Spørsmålet blir om det foreligger boforringelse. Lillevik bank hadde pant i varebeholdningen pålydende 1 mill. Det betyr med andre ord at det kun er banken som har lidd et tap og ikke de øvrige kreditorene. Således ville ikke de øvrige kreditorene vært bedre sikret om varebeholdningen fortsatt var 1 mill. Det hadde kun vært Lillevik bank som hadde hatt fordel av det. Av den grunn kan det ikke sies å foreligge en boforringelse. Når det så ikke foreligger boforringelse kan disposisjonen ikke omstøtes etter dekningsloven § 5-9.

Det vil si at «disposisjoner som bare skader en eller flere kreditors særskilte dekningsadgang, kan derimot ikke omstøtes etter dekningsloven § 5-9»⁴³. Her ser vi klart et eksempel på sammenligningsmetode 3 (eksplosjon sammenligning). Disposisjonen vil kunne omstøtes etter den objektive omstøtelsesbestemmelsen om de øvrige vilkårene er oppfylt, men ikke etter den subjektive bestemmelsen om det kun er en kreditors særskilte dekningsgrad som skades. I avhandlingen har det underveis blitt pekt på den subjektive bestemmelsens vide anvendelsesområde. Dette vilkåret begrenser den vide anvendelsen.

⁴³ Huser 3, s. 549

Dette var problemstillingen i Rt. 1986 s.681⁴⁴. Kreditor mente at bankens disposisjon ikke var til skade for kreditorfellesskapet, og at enkelte av kreditorene var påført tap ikke var tilstrekkelig. Høyesterett sa at det er «godtgjort at de øvrige kreditorer er påført tap». De øvrige kreditorene ble påført tap i og med at banken ved disposisjonen oppnådde dekning av ellers usikre krav. Høyesterett mente at det usikre krav som banken oppnådde dekning i ved sin disposisjon, var en kreditorbegunstigelse.

Utgangspunktet for omstøtelsesinstituttet er å beskytte kreditorfellesskapet og ikke kun en eller flere kreditorer. Forskjellen i dette tilfelle mellom subjektive og de objektive omstøtelsesbestemmelsene ligger i at det i dekningsloven § 5-9 er et særskilt krav om at det må foreligge kreditorbegunstigelse eller boforringelse. I eksemplet med Ås og Lillevik bank vil det være mulig å omstøte disposisjonen etter dekningsloven § 5-5 om de øvrige vilkårene er oppfylt. Men siden det ikke foreligger noe form for kreditorbegunstigelse eller boforringelse vil ikke dekningsloven § 5-9 komme til anvendelse. Slike disposisjoner må omstøtes etter de objektive bestemmelsene og således innenfor kortere frister.

3.2.4 Vilkår 4. «Skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen»

Vilkåret «skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen» gir anvisning på to mulige alternativer. Skyldnerens økonomiske stilling var svak eller på grunn av disposisjonen ble alvorlig svekket. Det første alternativet er ikke et strengt alternativ. En person med økonomiske problemer vil som regel bli betegnet som en person med svak økonomi. Dette alternativet kan ikke begrunnes med at skyldneren må betegnes som insolvent. Insolvent begrepet er gitt en legaldefinisjon i konkursloven § 61, «Skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, medmindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående. Insolvens foreligger like-

⁴⁴ Huser 3, s. 549

vel ikke når skyldnerens eiendeler og inntekter tilsammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene». Det er med andre ord klart at det foreligger svak økonomi hos skyldneren om han er å regne som insolvens. Det samme er tilfelle om skyldneren er insuffisiens jf. konkurslovens § 61 annet punktum.

En skyldner som er illikvid vil bli betraktet som en som har svak økonomi etter bestemmelsens ordlyd. En skyldner som betaler sine utestående betalinger innen forfall vil bli betraktet som likvid, mens illikvid vil være det motsatte. Dette tilsier at en skyldner med delvis dårlig økonomi kan betegnes som svak. Denne vurderingen må tas i forhold til debtors økonomiske stilling ved disposisjonen.⁴⁵ Er skyldnerens økonomi svak ved disponeringen kan disposisjonen omstøtes. Det samme gjelder om skyldnerens økonomiske svake stilling vedvarer eller forverres frem mot boåpningen. Blir skyldnerens økonomiske stilling likvid før boåpning vil ikke vilkåret være oppfylt, og således vil disposisjonen ikke kunne omstøtes.⁴⁶

Det andre alternativet i vilkåret er om «skyldnerens økonomiske stilling ble alvorlig svekket ved disposisjonen». Det første som er klart er at om økonomien ble svak vil det kunne rammes av det første alternativet, så det må ligge noe mer i dette alternativet jf. ordlyden som eksplisitt nevner alvorlig svekket. En alvorlig svekkelse må forstås i denne sammenheng i forhold til den alvorlige svekkelsen av kreditorenes dekningsmuligheter. Om en person disponerer bort over halvparten av sine verdier vil ikke det i seg selv kunne sies å innebære alvorlig svekkelse av skyldnerens økonomiske stilling. Er det en rik person, og det gjenværende i boet er av en viss betydning, samt at vedkommende var likvid ved disponeringen kan det ikke sies å oppfylle vilkåret. På den andre siden om midlene som er igjen består av en mindre verdi vil de kunne oppfylle ordlyden. Samtidig må ordlyden forstås slik

⁴⁵ Huser 3, s.554

⁴⁶ Huser 3, s. 554

at det må foreligge en årsakssammenheng mellom disposisjonen og den alvorlige svekkelsen av skyldnerens økonomiske stilling.

Det kan forekomme at debtors økonomiske stilling ikke er svak eller blir alvorlig svekket ved avtaleinngåelsen, men blir det ved gjennomføringstidspunktet. Etter ordlyden er det å forstå som om det er avtaletidspunktet som skal legges til grunn. Imidlertid er det ikke slik, gjennomføringstidspunktet kan også legges til grunn ved omstøtelse. Dette følger av en analogisk tolkning av dekningsloven § 5-10.

Det følger av dekningsloven § 5-10 at en disposisjon først oppnår ordinært rettsvern ved tinglysing eller annen sikringsakt, ikke for foretatt før slik sikringsakt er iverksatt. Etter en analogisk tolkning av bestemmelsen tilsier det at gjennomføringstidspunktet kan legges til grunn ved vurderingen av om skyldnerens økonomiske stilling ble svak eller alvorlig svekket.

I Rt. 1988 s. 132 var spørsmålet om en gave kunne omstøtes med hjemmel i dekningsloven § 5-9. Høyesterett la til grunn av insolvensen på fullbyrdelsestidspunktet betraktes som avgjørende, og gaven ble omstøtt. Dommen gjaldt imidlertid rettstilstanden før dekningsloven, men resultatet kan antas å bli det samme med dagens bestemmelser.⁴⁷

Det avgjørende tidspunktet for vurderingen er således både avtaletidspunktet og gjennomføringstidspunktet.

3.2.5 Vilkår 5. Det subjektive vilkåret, «den annen part kjente eller burde kjent»

Vilkåret etter bestemmelsen er om den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Dette vilkåret er bestemmelsens subjektive vilkår, og av den grunn blir dekningsloven § 5-9 be-

⁴⁷ Andenæs s.355

tegnet som den subjektive omstøtelsesbestemmelse. Bestemmelsen hjemler en omstøtelsesregel til vern for kreditorfellesskapet mot tredjemenn, jf. ordlyden «den annen part». Det tilsier at kravet til at den annen part kjente eller burde kjent gjelder tredjemenn. Videre er dette vilkåret elementær for bestemmelsens da vilkåret hjemler aktsomhetsvurderingen og er utgangspunktet for bestemmelsens vide anvendelsesområde. Det subjektive vilkåret er grunnleggende for at bestemmelsen skal kunne ha det vide anvendelsesområdet. Samtidig utelukker bestemmelsen de disposisjonene som er foretatt i god tro. Allerede her kan bestemmelsens lange tidsfrist i annet ledd forstås i forhold til de objektive bestemmelsene, da det vil være de omstøtelsesverdige disposisjonene som vil være omstøtelig etter bestemmelsen og nettopp dette var lovgiver viljen da bestemmelsen fikk en lang frist på henholdsvis ti år jf. dekningsloven § 5-9 annet ledd.

Dekningslovens objektive bestemmelser har ikke i utgangspunktet subjektive elementer i seg, dette er en klar forskjell som gjennom hele omstøtelsesregelverket et tydelig. Mens de objektive bestemmelsene konsentrerer seg om en konkret angitt disposisjon som for eksempel gave, lønnsutbetaling, ekstraordinær betaling osv. er ikke det tilfelle ved anvendelsen av dekningsloven § 5-9. De korte fristene og konkrete vilkårene i de objektive bestemmelsene er begrunnet i hovedhensynet for å omstøte disposisjoner foretatt nær konkursåpningstidspunktet og disse disposisjonene vil inneha en større vekt av omstøtelsesverdighet da de er foretatt kort tid før bo åpningen og er begrunnet ut fra effektivitetshensynet.

Det subjektive vilkåret inneholder flere momenter som skal tas med i helhetsvurderingen. Det må av den grunn redegjøres nærmere for disse momentene for å danne det riktige bildet av likhetene og ulikhetene i sammenligningen med de objektive omstøtelsesbestemmelsene.

For det første er det subjektive vilkåret ikke rettet mot debitor, men den annen part, altså mottakeren av disposisjonen. Bestemmelsens ordlyd taler om «kjente til eller burde kjent til», dette er bestemmelsens skyldkrav. «Kjente til» er et strengere krav i forhold til «burde kjent». «Kjente til» kravet anmoder om at den annen part skulle hatt en viss form for kunn-

skap, altså positiv kunnskap. I juridisk teori⁴⁸ er dette kravet betegnet som et krav om forsett, med andre ord et krav om bevisst handlemåte. Imidlertid er «burde kjent til» et midlere krav og omfatter lavere skyldform. Det siste kravet betegnes som vanlig uaktsomhet i forarbeidene⁴⁹. Det er videre ingen krav om at uaktsomheten er grov eller kvalifisert⁵⁰. Bestemmelsen er forankret i erstatningsrettslige prinsipper, og det tilsier at aktsomhetsnormen kan forandres i forhold til hvem kreditoren er. Det må her som ellers i erstatningsretten ses hen til om den annen part er profesjonell, nærstående eller en person med mindre innsikt. Huser anfører at det i forhold til den subjektive bestemmelsen kan være aktuelt å operere med en «skjerpet norm i tilfeller hvor det foreligger et særegent og nært forhold mellom debitor og den annen part»⁵¹. Dette var tilfelle i Rt. 1966 s. 636.

I Rt. 1966 s. 636 «Vesta» var saksforholdet at et aksjeselskap som var stiftet av en bank for å fortsette driften av en skofabrikk som hadde gitt banken store tap, bestod hele styret i det nye selskapet av personer som også satt i styret for vedkommende filial av banken⁵². «Høyesterett anvendte en uttrykkelig ««streng aktsomhetsnorm», dvs. «en aktsomhets- og lojalitetsplikt utover den som kan oppstilles i normaltilfelle hvor kreditorer og debitorer står overfor hverandre med atskilte interesser og innbyrdes uavhengige organer»⁵³.

Videre fremholder bestemmelsen to forhold som den annen part må være i aktsom god tro om hvis omstøtelse ikke skal foretas. Det første er at den annen part skal ha kjent til eller burde kjent til «skyldnerens vanskelige økonomiske stilling». Dette gir en anvisning til det økonomiske tapsvilkåret. Kjennskap til dette kan den annen part tilegne seg på flere måter. Det kan komme fra debitor selv ellers bli et spørsmål om hvilke undersøkelser den annen part har foretatt seg, og om det kunne komme frem av disse undersøkelsene. Videre vil

⁴⁸ Huser 3, s. 556

⁴⁹ NOU 1972:20 s. 298

⁵⁰ Huser 3, s. 556

⁵¹ Huser 3, s. 561

⁵² Dommer i materiell konkursrett, Tjaum, 2 utgave (1995), s.122

⁵³ Huser 3, s. 561

allment kjent informasjon kunne tilsies at den annen part besitter. Dette kan være tilfelle om informasjonen er tilgjengelig på nettet eller at vedkommende blir informert om det via andre mediekkanaler. I dagens situasjon kan dette spørsmålet stille seg noe annerledes da det i dag er flere personlige medier som kan antyde forskjellige meninger. Problemstillingen kan settes på spissen ved at den annen part er bekjent – ikke nærstående – og således venn med debitor på facebook. Kan det kreves at den annen part har lest et innlegg fra debitor om sin vanskelige økonomiske situasjon, eller at andre har kommentert noe slikt på debitors facebook side. Etter bestemmelsens anvisning må det foretas en helhetsvurdering av forholdet. Det vil være av betydning om den annen part har kommentert under det antatte innlegget eller om det er spørsmål om store økonomiske beløp.

Det andre alternativet er om den annen part kjente til eller burde kjent til «de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig». Utilbørighets vurdering består av en helhetsvurdering. Helhetsvurderingen er en sammensatt vurdering av de øvrige vilkårene og momenter som er nevnt tidligere i avhandlingen og de objektive vilkårene kan ha en viss innvirkning i denne helhetsvurderingen. Når det så kan hevdes at disposisjonen er utilbørlig, sies det med andre ord at «samtlige vurderte forhold gjorde disposisjonen utilbørlig»⁵⁴. Det kan nok være vanskelig for den annen part å kjenne til alle de forhold som gjør disposisjonen utilbørlig. Men de viktigste forholdene må den annen part kjenne til for å kunne betrakte ham som kjent til eller burde kjent til de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. I denne vurderingen kan to typetilfeller være til hjelp. Det første er om det er en disposisjon som etter sin art kan rammes av de objektive bestemmelsene, og som således vil være en utilbørlig disposisjon. I dette tilfellet vil det være tilstrekkelig at den annen part kjente til eller burde kjent til disposisjonens art. For eksempel om disposisjonen var ment som en gave. Det neste er om disposisjonen betraktes mer omstøtelsesverdig, da stilles det lavere krav til skyld og disposisjonen kan enklere omstøtes.

⁵⁴ Huser 3, s. 558

Jeg har ovenfor i avhandlingen skrevet at den annen part er tredjemann, er det kun en person er spørsmålet enkelt. Det kan være tilfeller hvor andre representerer den annen part. Utgangspunktet er at representantens fullmektig blir identifisert som den annen part. For å omstøte etter denne bestemmelsen er det nok om vilkåret er oppfylt av fullmektigen eller den annen part. Dette var tilfellet i Rt. 1967 s. 993, en kvinne ble identifisert med sin advokat. På samme måte kan det sies at styremedlemmer identifiseres med styret og således det aktuelle selskap. Det siste var tilfelle i den tidligere nevnte dommen inntatt i Rt. 1966 s. 636.

Ved vurderingen av vilkår fem, må det legges til grunn et tidspunkt for skyldkravet. Det sikre utgangspunktet er at vilkåret ikke vil være oppfylt om den annen part er i aktsom god tro ved oppfyllestidspunktet. Dette må ses sammen med rettsvernbestemmelsen i dekningsloven § 5-10. Det avgjørende blir således oppfyllestidspunktet eller det tidspunktet disposisjonen får rettsvern. Foreligger det aktsom god tro ved disse ytterpunktene kan disposisjonen ikke omstøtes etter den subjektive omstøtelsesbestemmelsen. Det er uttalt i forarbeidene at bevisbyrden for skyldkravet ligger hos boet.⁵⁵ Mener boet at det foreligger en utilbørlig disposisjon som bør omstøtes, må boet føre bevis for at den annen part eller noen han kan identifiseres med oppfyller det subjektive vilkåret etter bestemmelsen.

3.3 Noen sammenligninger og forskjeller

3.3.1 Generelt

Skyldkravet, aktsom god tro, er særegent for den subjektive bestemmelsen. Et slikt krav finnes ikke i de objektive bestemmelsene. At de objektive bestemmelsene ikke inneholder et slikt krav er begrunnet i hensynet for å gjøre omstøtelsesinstituttet raskt og effektivt. Denne raske og effektive adgangen til omstøtelse for boet er avgjørende for den rask voksende andel av bedrifter som går konkurs. Det fremkommer stadig i ulike medier hvor det

⁵⁵ NOU 1972:20 s. 298

ved konkursbegjæring spekuleres i umoralske fremgangsmåter og unndragelser av midler. Ved å anvende de objektive bestemmelsene vil de foretatte disposisjonene i den nære tiden forut konkursbegjæring kunne omstøtes, dette medfører at en unndragelse må skje en viss tid tilbake i tid, hvis ikke vil unndragelsen måtte stå seg. Dette innebærer en brems for de «kriminelle handlingene» da de som oftest består i å få tilegnet seg raske midler som spesielt er lett tilgjengelig forut en konkurs. Bestemmelsene kan sies å operere som en tålmodighets terskel for den umoralske parten og således avvergelse av umoralsk og ulovlig oppførelsen. De objektive bestemmelsene som i dag finnes i dekningslovens kapittel fem er de disposisjonene som etter forholdene vil klart være omstøtelsesverdige. Av den grunn inneholder de nærmere angitte kreditorskadelige disposisjoner.

Det vil være mot sin hensikt å la eldre omstøtelsesverdige disposisjoner unnsnippe å bli omstøtt bare av den grunn at de faller utenfor fristen til de objektive omstøtelsesbestemmelsene. På grunn av dette har omstøtelsesinstituttet den subjektive bestemmelsen men henholdsvis en lang omstøtelsesfrist. De objektive bestemmelsene skal være raske og effektive og den subjektive bestemmelsen skal omstøte de omstøtelsesverdige disposisjonene foretatt en viss tid tilbake i tid. Siden bestemmelsen strekker seg en viss tid tilbake i tid – ti år – og skal omstøte de omstøtelsesverdige disposisjonene, er bestemmelsen medgitt et skyldkrav. Ved anvendelsen av dette skyldkravet kan de omstøtelsesverdige disposisjonene tilkjennegis og således omstøtes.

3.3.2 Omstøtelsesfristene

Omstøtelse kan kun foretas av disposisjoner foretatt en bestemt periode forut konkursåpningen. Blir omstøtelse gjort gjeldende etter at fristen for å gjennomføre omstøtelse er utgått vil disposisjonen ikke kunne omsøtes, og derfor er disse omstøtelsesfristene meget viktige i omstøtelsesinstituttet. Er omstøtelseskravet fremsatt etter fristens utløp vil disposisjonen stå seg og boet må bære tapet. Fristene er forskjellige i forhold til dekningslovens bestemmelser og viser en forskjell i sammenligningen av de objektive og subjektive bestemmelsene. Fristene er henholdsvis 3 måneder, 1 år, 2 år, 3 år, 5 år, 10 år og ingen begrensning i det hele tatt. Dette er vist i figur 1 under. I figuren ser man at den subjektive

bestemmelsen klart har en lengre frist, ti år. Ingen av de objektive bestemmelsene har lengre fristdato enn to år, utenom ved betydelig gave til samlivspartner. Sistnevnte bestemmelse har en fem års frist som er halvparten så lang som fristen som følger av den subjektive omstøtelsesbestemmelsen. Når det gjelder de objektive omstøtelsesfristene er det en forskjell innbyrdes dem imellom. Disposisjoner som er begunstigelser har en kortere frist, tre måneder. Disse bestemmelsene har i særlig tilfelle lengre tidsfrist, og det er henholdsvis på to år om den begunstigede er nærstående. Boforringelse ved å gi gave til nærstående gjelder det også en to års frist. Etter denne fristen kan ikke den gitte disposisjonen, for eksempel gave, omstøtes etter de objektive bestemmelsene. Disposisjonen kan imidlertid omstøtes etter de subjektive bestemmelsene og således vil det at den begunstigede er en nærstående, bli et selvstendig moment i helhetsvurderingen. Dette momentet innebærer således at ved nærstående skal det tillegges mindre vekt før vilkåret utilbørlig disposisjon er oppfylt i og med at lovgiver opprinnelig har satt en lengre frist for nærstående ved den objektive bestemmelsen. Lovgiver har forstått dette som mer omstøtelsesverdig. Disposisjonene som blir foretatt mellom debitor og nærstående er mer omstøtelsesverdige fordi nærstående kan lettere være klar over debtors økonomiske stilling lenge før noen andre. Hvem som er skyldnerens nærstående er særlig viktig å vite da de objektive bestemmelsene gir en lengre frist for å omstøte disposisjoner foretatt fra skyldner til nærstående og er et særlig moment som kan legges avgjørende vekt i vurderingen av den subjektive bestemmelsen

OMSTØTELSESEFRISTENE

	Dekningsloven	3 mnd.	1 år	2 år	3 år	5 år	10 år	Ingen bestemt frist
Forringelser	§ 5-2 (1) § 5-2 (2)/(3) § 5-2 (3)		Gave	Gave nærstående		Stor gave til samlivspartner.		
Begunstigelser	§ 5-5 (1) § 5-5 (2)/(3) § 5-6 § 5-7 (1) § 5-7 (2)/(3) § 5-8(1) §5-8 (2)/(3)	Ekstraordinær betaling Visse typer mot regning Sikkerhetsstillelse for eldre gjeld Utlegg		Ekstraordinær betaling til nærstående Sikkerhetsstillelse for eldre gjeld til nærstående Utlegg for nærstående				D.o. i omstøtelse
Kreditorbegunstigelser og boforringelse	§5-9						Subjektiv omstøtelse	

Figur 1. Omstøtelsesfrister etter de enkelte lovbestemmelser i dekningsloven⁵⁶

⁵⁶ Figuren er hentet fra Huser 3, s. 67

I dekningslovens § 1-5 første ledd fremkommer hvem som er skyldnerens nærstående, bestemmelsen lyder: «*Som innbyrdes nærstående anses i denne lov:*

1) ektefeller, ugifte samboende, forlovede, slektninger i opp- og nedstigende linje, søsken, de nevnte personers ektefeller og andre som står hverandre personlig særlig nær (personlig nærstående)».

Første ledd taler om skyldnerens personlige nærstående, mens det i annet og tredje ledd taler om nærstående i virksomhetssammenheng. For oss her er de personlige nærstående relevant.

For det første er det skyldnerens samlivspartner «ektefelle, ugifte samboende, forlovede» nærstående. Hvem som er ektefelle følger av den personen man formelt er gift med og omfatter også separerte, men ikke fraskilte ektefeller.⁵⁷ Samboer er den personen man bor sammen med i ekteskapslignende forhold. I den sistnevnte kategorien vil omfanget av forholdet kunne ha avgjørende vekt. Forlovede er den man har en avtale om å gifte seg med.⁵⁸

For det andre er skyldnerens «slektninger i opp- og nedstigende linje, søsken, de nevnte personers ektefeller» nærstående. Dette innebærer foreldre, besteforeldre, barn, barnebarn, søsken, halvsøsken, adopsjonsbarn og svogerskap.

For det tredje er «andre som står hverandre personlig særlig nær» skyldnerens nærstående. Denne bestemmelsen skal dekke de tilfeller hvor personer som har en særlig tilknytning til skyldneren kan regnes som nærstående etter bestemmelsen. Det må således foretas en konkret vurdering av de foreliggende omstendigheter.⁵⁹ Disse særlige forholdene som skal vurderes må bestå av personlig art jf. ordlyden «personlig». Virksomhetsforhold reguleres av annet og tredje ledd. Er det dog forhold som er mer lik de oppregnede forholdene vil det

⁵⁷ Huser 3, s. 100

⁵⁸ Huser 3, s. 102

⁵⁹ NOU 1972:20 s. 252

enklere kunne fremstå som nærstående. Det er ikke slik at alle familier har så nære forhold, og på den annen side kan det hende det er en venn, kollega osv. som kan betegnes som nærstående. Den konkrete vurderingen må foretas ut fra hvor godt det personlige forholdet er.

4 OMSTØTELSESVIRKNINGER

4.1 Innledning

Avhandlingen har behandlet vilkårene for omstøtelse og foretatt en sammenligning av dem. Er vilkårene for omstøtelse oppfylt, er det neste stadiet at boet får tilbakebetalt omstøtelseskravet. Det neste stadiet består av selve omstøtelsesforetningen. Omstøtelse er ikke det samme som ugyldighet. Ugyldighet taler om at en disposisjon i seg selv er ugyldig og således uten rettslig virkning, en nullitet.⁶⁰ Temaet her er å dekke boets tap.

En hovedforskjell på dette stadiet mellom subjektiv og objektiv omstøtelse ligger i omstøtelsesvirkninger. Virkningene følger av dekningslovens § 5-11 for de objektive omstøtelsesbestemmelser og dekningslovens § 5-12 for den subjektive bestemmelsens vedkommende.

Dekningsloven § 5-11 første ledd:

Dersom vilkårene for omstøtelse etter §§ 5-2 til 5-8 foreligger, kan boet kreve at den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon. Boet kan likevel ikke kreve tilbakeført det utbytte som den annen part i god tro har vunnet av den mottatte ytelse før kravet om omstøtelse ble gjort gjeldende ved søksmål. Dersom det mottatte helt eller delvis er gått tapt, kan mulig ansvar overfor boet nedsettes eller eventuelt helt falle bort etter regelen i § 5-12 annet ledd første punktum.

⁶⁰ Rettsvirkninger af omstødelse, Jørgensen B. s. 48

Dekningsloven § 5-12 første ledd:

Foreligger vilkårene for omstøtelse etter § 5-9, kan boet kreve at den annen part erstatter boet det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjon. Dersom boet forlanger det, skal oppgjøret skje ved at hver av partene leverer tilbake det mottatte, for så vidt dette er i behold og tilbakelevering kan skje uten urimelig verdispille. Boet kan da også kreve at den annen part erstatter ytterligere tap som boet er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjonen.

Foretas det omstøtelse etter den objektive bestemmelsen, utmåles omstøtelseskravet etter den oppnådde berikelsen. Foretas omstøtelse etter den subjektive bestemmelsen skal den begunstige erstatte boets tap.⁶¹ Selv om det er berikelsen som settes fra seg etter de objektive bestemmelsene, og tapet erstattes etter de subjektive bestemmelsene kan omstøtelseskravet i det praktiske liv være identisk. Grunnlaget for dette er at de objektive bestemmelsene antas å presumere ond tro, og i alle fall hjemler den omstøtelse når den annen part er i god tro. I forarbeidene utales det at de objektive bestemmelsene ikke bygger på et skyldkrav og dermed riktig å ha en bestemmelse om å tilbakeføre berikelsen.⁶² Den subjektive bestemmelsen krever uaktsomhet og bygger således på de erstatningsrettslige prinsipper.⁶³ Det er hensiktsmessig med slike virkningsregler. Omstøtelse etter den subjektive bestemmelsen skjer med grunnlag i skyld hos den annen part og dette taler for at denne parten skal erstatte boets tap og ikke bare fralegge seg berikelsen.

I punkt 4.2 behandles den objektive bestemmelsens omstøtelsesvirkninger, og deretter behandles den subjektive bestemmelsens omstøtelsesvirkninger i punkt 4.3. På denne måten vil det fremheves de ulikheter som finnes i grunnlaget for omstøtelsesvirkninger på hen-

⁶¹ Rettsvirkninger af omstødelse, Jørgensen B. s. 27

⁶² NOU 1972:20 s. 300

⁶³ Huser 3. s. 563

holdsvis den objektive og subjektive side og viser således forskjellen i sammenligningen på virkningssiden.

4.2 De objektive omstøtelsesvirkninger – berikelseslæren

Bestemmelsen i dekningslovens § 5-11 omhandler den berikelsen som er oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen jf. ordlyden «den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon». Denne berikelsen skal tilbakebetales, altså skal den annen part ikke ha noen fordel av den omstøtelige disposisjonen.⁶⁴ Videre følger det av berikelsesbegrensningen at omstøtelseskravet ikke skal overstige den berikelse den annen part har oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen. Dette tilsier at «omstøtelseskrav skal utmåles slik at den annen part økonomisk settes i den stilling han ville ha vært i om den omstøtelige disposisjon ikke hadde funnet sted».⁶⁵ Huser mener at dette kan kalles selve «målestokken» i berikelsesbegrepet.⁶⁶

Det er det den annen part har mottatt fra debitor som skal restitueres så lenge verdien er i behold. «Den oppnådde berikelse er således i utgangspunktet den formuesøkningen det mottatte har materialisert seg i hos den annen part».⁶⁷

Den annen part skal verken vinne eller tape ved omstøtelse etter de objektive bestemmelsene. Det skal i utgangspunktet skje en overføring av den økonomiske berikelsen fra den annen part til boet, dette skjer på to forskjellige måter. Den første er den faktiske situasjonen som foreligger etter disposisjonen. Det må tas stilling til hvem som kan stilles til ansvar for de faktiske handlemåtene som har forårsaket til at den annen part har blitt begunstiget. Den andre er den hypotetiske situasjonen den begunstigede ville ha befunnet seg i om den om-

⁶⁴ Andenæs (1999) s. 298

⁶⁵ RG 1973 s. 727

⁶⁶ Huser 3 s. 572

⁶⁷ Huser 3 s. 582

støtelige disposisjonen ikke hadde funnet sted.⁶⁸ Ved vurdering av den hypotetiske situasjonen skal man bygge på konstaterbar fakta. Videre er det den «oppnådde» berikelsen som kreves tilbake, og det er oppnåelsen på domstidspunktet som skal legges til grunn. Etter dekningsloven § 5-11 første ledd er det boet som kan kreve omstøtelse. Har den annen part lidd et tap på grunn av disposisjonen kan ikke vedkommende kreve omstøtelse.

Foreligger det ingen berikelse kan heller ikke boet kreve noe tilbakeført av den annen part. Det kan være flere tilfeller hvor det foreligger disposisjon men ingen berikelse. Har den annen part rettsvern om sitt krav og kun mottar det kravet som den annen part har krav på foreligger ingen berikelse etter lovens ordlyd. Tilfellet er annerledes når den annen part mottar mer enn det den har krav på. På samme måte vil det ikke foreligge noe berikelse om verdien av det mottatte er lik null. Om krave er lik null kan likestilles med å si at berikelsen er lik null. Når det så ikke foreligger noe berikelse kan det hevdes at omstøtelses ikke kan foretas. For det første så er det intet å omstøte, og for det andre og det vesentligste er bestemmelsen ikke oppfylt. Det kan så hevdes at «berikelse» er et vilkår for å kunne kreve omstøtelse etter de objektive bestemmelsene. At berikelsen er lik null antyder et økonomisk vilkår, men det skal i denne sammenheng ses hen til den annen parts berikelse. Denne berikelsen kan bestå i naturalrestitusjon og dog omstøtes selv om det ikke er en ren økonomisk verdi.

I forarbeidene⁶⁹ fremkommer det flere typetilfeller som motivene mener å ha en fast praksis og teori og forholdsvis en fast oppfatning av hva som omfattes av berikelsesbegrepet. Den annen part skal verken vinne eller tape ved disposisjonen som omstøtes. I Utgangspunktet skal det ved omstøtelse etter berikelseslæren – omstøtelse på objektiv grunnlag – være å sette mottakeren i den samme posisjon som han var i før mottak av den omstøtelsesverdige disposisjonen. Det innebærer at om den annen part har gitt vederlag, påkostet, betalt admi-

⁶⁸ Huser 3 s. 573

⁶⁹ NOU 1972:20 s. 301

nistrasjonskostnader eller andre kostnader i forbindelse med den omstøtelsesverdige disposisjon skal den annen part få fradrag for utgiftene.

Under gjengis noen typetilfeller hvor den annen part skal få refundert/fradrag for sine foretatte utgifter i forbindelse med disposisjonen.

- Har den annen part betalt et vederlag for den ytelse som han må gi fra seg, skal vederlaget tilbakebetales. Dette kan likedan være betaling av gjeld, og ikke en engangskostnad. Også utgifter i forbindelse med omstøtelse bør etter dette alternativet kunne kreves.
- Utgifter i forbindelse med ervervelse av disposisjonen må kompenseres. Hovedsakelig vil disse utgiftene bestå av transaksjonsutgifter. Det følger av forarbeidene at «utgifter til stempeling og tinglysning av hjemmelsdokument, må refunderes»⁷⁰. Eventuelt så må disse utgiftene være i forbindelse med selve disposisjonen. I denne sammenheng vil utgifter i forbindelse med omstøtelseskravet kunne kreves av den annen part. Dette er utgifter forbundet med selve disposisjonen. For utgifter som ikke er i direkte forbundet med disposisjonen må det foretas en vurdering av om det er årsakssammenheng mellom utgiften og disposisjonen. Videre må de sistnevnte utgiftene være nødvendige for disposisjonen. Foreligger årsakssammenheng og utgiftene var nødvendige kan de refunderes.
- Videre omtales det i motivene at også «omkostninger til reparasjon og påkostning innen visse grenser»⁷¹ kompenseres. Den annen part som er i god tro får etter de objektive bestemmelsene beholde avkastningen av det mottatte og således må det kunne regnes at denne parten foretar det nødvendige for å vedlikeholde det mottatte. Foreligger ingen avkastning av det mottatte, skal utgiftene fradras i sin helhet. På-

⁷⁰ NOU 1972:20 s. 301

⁷¹ I.s.

kostninger står prinsipielt i en annen stilling i og med at de kan kompenseres innenfor visse grenser jf. forarbeidene. Boet skal kun refundere de påkostninger som øker salgsverdien til det mottatte.⁷² Ved avgjørelsen om påkostningene skal kompenseres må det vurderes om utgiftene var nødvendige og om salgsverdien er økt. Det er imidlertid ikke alltid lett.

Under gjengis noen typetilfeller av boets gjennomføring av det objektive omstøtelseskra-
vet.

- Er det mottatte i behold i natura skal boet godskrives verdien. Det er verdien ved omstøtelsestidspunktet som skal legges til grunn.
- Det mottatte er inkorporert i eller omdannet til noe annet blir spørsmålet om det mottatte kan demonteres eller omdannes til sitt ordinære funksjon. Ulempen kan bestå i at det vil medføre «urimelig verdispille» jf. dekningsloven § 5-11 annet ledd. Dette består i to muligheter. For det første at den annen part ville ha skaffet seg en slik ting som det mottatte, eller han hadde latt være å gjøre det. Ved det første alternativet er berikelsen manifestert seg ved at tingen øker formuesstillingen. Ved tilfelle to er det et spørsmål om den annen part kan føre bevis for at han ikke trengte det mottatte. Verdien må i det sistnevnte tilfellet settes til fordel på omstøtelsestidspunktet.
- Er det mottatt noe annet enn penger, vil det kunne være avhendet. Er det økonomiske vederlaget ved avhendelse i behold skal det krediteres boet. Dette kan utledes fra forarbeidene, «har medkontrahenten solgt ytelsen videre til en tredjemann, og omstøtelse overfor tredjemann ikke kan skje, er berikelsen det nettobeløp medkontra-

⁷² NOU 1972:20 s. 300

henten har tjent ved salget». ⁷³ Er surrogatet ikke i behold må det anvendes samme vurdering som om det var den mottatte ytelsen, altså at det mottatte ikke er i behold.

- Har det mottatte blitt helt eller delvis forbrukt, kan boet allikevel få kreditert den besparelsen eller det som er kjøpt av de omstøtelige midlene. Har den annen part brukt pengene på en ting vil denne «tingen» kunne kreves av boet. Er pengene brukt på å kjøpe seg forbruksvarer og således oppbrukt det mottatte, kan den besparelsen den annen part har hatt ved å anvende de mottatte midlene kunne kreves av boet.
- Har det mottatte på en eller annen måte faktisk blitt ødelagt eller gått tapt har ikke den annen part hatt noe besparelse/fordel av det mottatte, og intet kan kreves av ham. Har det før ødeleggelsen fremkommet en fordel, vil berikelseslæren anvendes og den del av besparelsen vil kunne kreves av boet.

Tidligere i avhandlingen under dette punktet har det blitt skrevet at den annen part skal settes i den stilling som om disposisjonen ikke var foretatt ved gjennomføring av omstøtelseskravet. Dette elementet vedrørende virkningene av omstøtelse på objektivt grunnlag utelukker helt det subjektive element. Det foretas ikke en vurdering av om parten kunne eller burde vite bedre, men tilbakefører midlene. Dette er utgangspunktet etter de objektive bestemmelsene. Det finnes unntak fra denne bestemmelsen. Boet kan om tingen ikke helt eller delvis er i behold i natura fremme et erstatningskrav mot den annen part. Dette erstatningskravet innebærer at det må foretas en culpa/uaktsom vurdering og således inneholder dette et subjektivt element. Imidlertid er det skrevet over at dekningslovens § 5-11 ikke hjemler et erstatningskrav i og med at det ved sammenligningen er hovedforskjellen mellom de subjektive og objektive omstøtelsesvirkningene. Før det redegjøres nærmere for dette er det mest hensiktsmessig å ta til behandling de subjektive omstøtelsesvirkninger og av den grunn behandles dette under i punkt 4.4.

⁷³ NOU 1972:20 s. 300

4.2.1 Berikelseslærens begrensninger

Begrensningen i berikelseslæren følger av dekningsloven § 5-11 første ledd annen punktum «Boet kan likevel ikke kreve tilbakeført det utbytte som den annen part i god tro har vunnet av den mottatte ytelse før kravet om omstøtelse ble gjort gjeldende ved søksmål».

Følgen av at boet ikke kan kreve tilbakeført utbytte er at den annen part vil bli bedre stilt enn han ville blitt om disposisjonen ikke var foretatt. Dette er i samsvar med tidligere rett som lovgiver har valgt å følge. Et vilkår for at den annen part skal få beholde utbytte er at han må ha vært i god tro. Dette er et subjektivt element og det må foretas en god tro vurdering. Denne begrensningen må ses i sammenheng med den som i god tro har ervervet noe og således må gi fra seg hovedstolen, men har i mellomtiden mottatt avkastning. For den som har vært i godt tro vil det være uakseptabelt å også gi fra seg avkastningen. Hensynet til den godtroende erververen gjør at denne begrensningen er rettmessig. Det må på dette grunnlag kunne hevdes at det må foreligge aktsom god tro og ikke uaktsom god tro. Dette fremhever Huser i bind 3 side 605 i og med at god tro vurderingen ble tilføyd til det opprinnelige utkastet.⁷⁴

Slik bestemmelsen taler om kan den godtroende kun beholde avkastning frem til kravet om omstøtelse blir gjort gjeldende overfor ham. Når slik omstøtelseskrav blir gjort gjeldende, avbryter det avkastningen mottatt som godtroerverv. Avkastning mottatt etter dette tidspunkt må tilbakebetales.

4.3 De subjektive omstøtelsesvirkninger

Hovedregelen for virkningen av omstøtelse på subjektivt grunnlag er at boets tap skal erstattes, boets krav skal utmåles etter de alminnelige erstatningsregler. Dette følger av dekningslovens § 5-12 første ledd. Det som skal erstattes etter bestemmelsen er «tapet» kreditoren/kreditorene har hatt. Tapet som skal erstattes skal være det nettotap boet har lidd.

⁷⁴ Huser 3 s. 605

Videre må dette tapet skyldes den utilbørlige disposisjonen etter dekningsloven § 5-9. Et grunnleggende prinsipp ved omstøtelse på subjektiv grunnlag er at «boets erstatningskrav skal utmåles slik at boet økonomisk settes i den stilling det ville ha vært om den omstøtelige disposisjon ikke hadde funnet sted»⁷⁵. Dette betyr at boets stilling skal reverseres altså settes lik den var forut den omstøtelige disposisjonen. Man kan se tilbake på den situasjon boet var i før disposisjonen var foretatt og sammenligne den med situasjonen etter disposisjonen. Utgjør dette et negativt resultat, kan dette resultatet utmåles i en økonomisk verdi og konstatere tapet boet skal ha erstattet.

En forskjell som gjør seg gjeldende her i forhold til virkninger av omstøtelse på objektivt grunnlag er at fokuset her rettes på boets stilling. Har boet hatt et tap skal dette erstattes, mens det etter de objektive bestemmelsene er den annen part fokuset er rettet etter. Det er i utgangspunktet boets stilling som skal gjenopprettes og således er ikke den annen parts situasjon i fokus.

4.3.1 Erstatningsutmåling

Det klare utgangspunktet er at om tingen er i behold i natura så skal de returneres til boet. Dermed må det for de tingene som ikke er i behold utmåles et erstatningskrav. Ved det sistnevnte tilfellet blir det ikke tatt hensyn til hvorfor det mottatte ikke er i behold. Om det mottatte av samme årsak hadde blitt ødelagt av boet kan ikke den annen part påberope seg dette. Et unntak i dette tilfelle vil være naturuhell, men ikke et hvilken som helst naturuhell. Som eksempel kan nevnes om en ting er flyttet til den annen parts varelager på nabotomten og begges varelager blir oversvømt på grunn av flom kan det sies at den annen part i denne sammenheng vil kunne få fradrag. Dette er et spesielt eksempel da det i utgangspunktet ikke vil kunne konstateres verdireduksjon for løsøre. Ved utmålingen av erstatningskravet når det mottatte ikke er i behold må det legges til grunn at man ved utmålingen forholder seg til det konstaterbare. Er for eksempel tingen solgt til tredjemann, vil salgsprisen være

⁷⁵ Huser 3, s. 628

konstaterbar. Om det ikke er tilfelle vil verdi av lignende ting kunne legges til grunn. Fra rettspraksis kan nevnes Rt. 1933 s.1265 hvor Høyesterett ved beregningen av erstatningskravet, la til grunn salgsprisen til debtors villa og motorbåt.

Fradragsretten for den annen part vil her ved denne utmålingen være forbundet med om boet på noen måte har hatt noe fordel av dette. Foreligger ingen slik fordel for boet vil det heller ikke foreligge noe fradragsrett for den annen part. Her ser man også at det er ulikheter i forhold til virkningene av omstøtelse på subjektiv og objektivt grunnlag. Utgangspunktet for berikelseslæren var å sette mottakeren – den annen part - i den samme posisjon som han var i før mottak av den omstøtelsesverdige disposisjonen. Således fulgte dette med at den annen part fikk fradrag for de utgiftene han hadde hatt i forhold til det mottatte. Ved erstatningsutmålingen er ikke dette tilfelle, det er kun det boet har hatt fordel av som kan gis som fradrag til den annen part. Her tydeliggjøres de subjektive omstøtelsesbestemmelseres strenge rekkevidde i og med at boet i dette tilfelle ikke skal lide noe tap i det hele tatt. Eventuelt et tap blir stående hos den annen part nettopp fordi boet skal settes i den samme stilling som om disposisjonen ikke var foretatt. Med dette som utgangspunkt kan det også legges til at boet ikke kan stilles i en bedre stilling enn det det var.

Men den annen part kan i visse tilfeller få fradrag for sine foretatte vederlag. For det første er det i de tilfeller vederlagene har kommet ”boet” til gode. Med dette menes at om debitor har mottatt penger ved avhendelsen må det regnes som å ha kommet boet til gode om så pengene er brukt i den daglige driften. Om pengene er brukt på dagligdagse ting fra debtors side kan det ikke sies å ha kommet boet til gode. Dette kan sies å være urimelig overfor den annen part, men det må legges til grunn at omstøtelse i dette tilfelle er begrunnet i den annen parts uaktsomhet og således må den annen part være bærer av tap boet må lide. Har den annen part betalt ved naturalytelser kan han få fradrag for den verdi av ytelsene som er i behold ved at den kommer boet til gode. Har det mottatte ikke kommet ”boet” til gode kan det ikke gis fradrag for det. Et eksempel hvor det ikke kan gis fradrag er om det er be-

talt med en beslagsfri polisi til debitor, kommer ikke polisen boet til gode.⁷⁶ Således kan det ikke gis fradrag for utgifter i forbindelse med disposisjonen. Men det gis fradrag for påkostninger i den sammenheng de øker gjenstandens verdig. Driftsutgifter stiller seg i en mellomstilling, det kan i utgangspunktet ikke kreves fradrag for driftsutgifter men den annen part vil kunne kreve fradrag for den besparelsen debitor har oppnådd. Det siste må ses i sammenheng med avkastning av det mottatte. Boet må kompenseres for tapt avkastning på grunn av avhendelsen. Men avkastningen settes til «den avkastning det må antas vill ha tilflytt debitor/boet om disposisjonen ikke hadde skjedd».⁷⁷

4.3.2 Redusering av erstatningsansvaret

En redusering av erstatningsansvaret, en såkalt lemping, kan bare kreves ved subjektiv omstøtelse. Dette følger av dekningsloven § 5-12 annet ledd *”Dersom den annen part bare har vist uaktsomhet, kan dennes ansvar overfor boet nedsettes eller eventuelt helt falle bort, såfremt betaling av full erstatning under hensyn til den annen parts forhold ville være urimelig byrdefull eller det for øvrig er særlige grunner til det. Den annen part kan likevel ikke stilles gunstigere enn vedkommende ville vært stilt etter § 5-11”*.

Denne bestemmelsen trer i stedet for den alminnelige lempningsregel i skadeerstatningsloven § 5-2.

Bestemmelsen utelukker tilfeller av forsett i og med at det kun er angitt uaktsomhets i bestemmelsen. Videre er det oppstilt to vilkår i bestemmelsen som må være oppfylt for at lemping i det hele tatt kommer til anvendelse. For det første er det betaling av full erstatning i forhold til den annen parts byrdefulle forhold. Det skal ved denne vurderingen tas hensyn til hvor byrdefull erstatningskravet i sin helhet er i forhold til den annen part. Det neste vilkåret er at det må foreligge særlige grunner for lemping.

⁷⁶ Huser 3, s. 632

⁷⁷ Huser 3, s. 634

Dekningsloven § 5-11 første ledd siste punktum viser til dekningsloven § 5-12 annet ledd første punktum. Forarbeider taler klart imot at lovgiver har ønsket å innarbeide lemping i forhold til omstøtelse på objektivt grunnlag. Meningen har vært at vilkårene ”byrdefull” og ”særlig grunner” kommer til anvendelse slik at vurderingen blir en forholdsmessighets vurdering.

Etter dekningsloven § 5-12 annet ledd annen punktum fremkommer at den annen part ikke kan stilles gunstigere enn han ville ha vært etter den objektive virkningsbestemmelsen § 5-11. Det betyr med andre ord at erstatningsansvaret ikke kan settes lavere enn berikelse, beregnet etter dekningsloven § 5-11.

4.4 Erstatningsansvaret etter den objektive omstøtelsesbestemmelsen

I dekningslovens § 5-11 første ledd tredje punktum heter det ”dersom det mottatte helt eller delvis er gått tapt, kan mulig ansvar overfor boet nedsettes eller eventuelt helt falle bort etter regelen i § 5-12 annet ledd første punktum”.

Det er tidligere i avhandlingen hevdet at hovedforskjellen mellom virkningene av subjektiv og objektiv omstøtelse består i at, det ved objektivt omstøtelse skal fralegges berikelsen mens ved subjektiv omstøtelse er et erstatningsansvar. Dette utsagnet må nå oppgraderes i og med den overfor skrevne bestemmelsen.

Bestemmelsen sikter på den annen parts erstatningsansvar vedrørende det mottatte i de tilfeller hvor berikelsen ikke helt eller delvis er i behold. Det kan således sies at virkningene av de objektive bestemmelsene kan ha et subjektivt innhold om berikelsen ikke helt eller delvis er i behold. Det er nettopp av den grunn at dekningsloven § 5-11 første ledd tredje punktum hjemler et erstatningsansvar. Erstatningsansvaret består således a en subjektiv vurdering.

Om tilfellet skulle være at den annen part på grunn av sin onde tro ikke har det mottatte i behold kan boet ikke kunne kreve erstatning etter dekningsloven § 5-12 da det foreligger

objektiv omstøtelsesgrunn og på samme måte kan ikke den annen part hevde at han var i ond tro og omstøtelse kan ikke foretas av den grunn. Av den nevnte årsak må det ved et tidspunkt kunne sies at den annen parts onde tro fører han over i et erstatningsansvar. Spørsmålet blir således om den annen part burde skjønt eller skjønnte at han kunne bli erstatningsansvarlig. Svaret på dette avhenger av den annen parts aktuelle situasjon. Det må antas at han ikke kan bli erstatningsansvarlig så lenge han ikke forstod eller burde forstå at kravet kunne omstøtes, før dette tidspunkt kan han ikke bli erstatningsansvarlig. Men det kan foreligge omstendigheter som gjør at den annen part blir klar over debtors konkurs og av den grunn kan bli erstatningsansvarlig i og med at han blir klar over at det mottatte kan omstøtes. Det må legges til her at objektive bestemmelser ofte har en kortere frist og således vil det være et moment i vurderingen av om den annen part burde forstått eller forstod at det mottatte kan omstøtes. I alle fall kan den annen part kunne bli erstatningsansvarlig etter de objektive omstøtelsesbestemmelsene om et omstøtelseskrav er reist. Etter dette vil det kunne sies at den annen part har et begrenset ansvar, altså kan han ikke disponere slik han vil. Om hans disposisjoner fører til tap, kan han bli fullt erstatningsansvarlig for tapet overfor boet.

Erstatningsansvaret er vanlig culpa ansvar. Uhell som er forårsaket av andre eller ytre forhold som ikke kan bebreides den annen part, altså at det ikke foreligger noen culpøst ved den annen parts handling vil han heller ikke kunne stilles til ansvar for. Det er med utgangspunkt i dette erstatningsansvaret lempingsregelen i dekningsloven § 5-11 første ledd tredje punktum er tatt med. Altså er det slik som hevdet over, lempingsregel for erstatningsansvarets vedkommende.

Her foreligger det en sammenheng vedrørende virkningene av omstøtelse på subjektivt og objektivt grunnlag. Etter dekningsloven § 5-12 har man ved omstøtelses på subjektiv grunnlag kommet frem til at det foreligger ond tro. I den foreliggende sammenheng skal avkastning etter dekningsloven § 5-11 første ledd tredje punktum, vunnet i ond tro tilbakeleveres boet i medhold av erstatningsreglene, slik som tilfellet er etter den subjektive bestemmelsen.

5 Litteraturliste

5.1 Lovgivning

Dekningsloven: Lov av 8. juni 1984 nr. 59

Konkursloven: Lov av 8. juni 1984 nr. 58

Straffeloven: Lov av 22. mai 1902 nr.10

Forsikringsavtaleloven: Lov av 16. juni 1989 nr. 69

Ekteskapsloven: Lov av 04. juli 1974

5.2 Forarbeid

Norske lovforarbeid.

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

5.3 Rettspraksis

Rt. 1933 s.1265

Rt. 1966 s. 636

Rt. 1967 s. 993

Rt. 1986 s.681

Rt. 1988 s. 1327

Rt. 1989 s. 7

Rt. 1995s. 259

Rt. 2001 s. 1136

RG 1973 s. 727

5.4 Litteratur

Huser, Kristian	<i>Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 omstøtelse (1992)</i>
Andenæs, Mads Henry	<i>Konkurs, 2 utgave (Oslo 1999)</i>
Andenæs, Mads Henry	<i>Konkurs, 3 utgave (Oslo 2009)</i>
Tjaum, Arne	<i>Dommer i materiell konkursrett, 2 utgave (Oslo 1995)</i>
Barbo, Jan Einar	
Jørgensen B.	<i>Rettsvirkninger af omstødelse</i>
Gisle, Jon	<i>Jusleksikon (1999)</i>

5.5 Internett kilder / andre kilder

Lovdata	www.lovdata.no
Gyldendal rettsdata	www.rechtsdata.no
Wikipedia	www.wikipedia.no
Store Norske Leksikon	www.sn1.no
Brønnøysundregistrene	www.brreg.no
Norsk tidsskriftdata	www.idunn.no
Det juridiske universitetet i Oslo	www.jus.uio.no